

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

**Legítima modificación por adición del precedente constitucional como expresión
legislativa de los jueces de la jurisdicción ordinaria en Colombia**

Kristhell Karem García Vargas

**Trabajo de Investigación presentado como requisito para optar título de magister en
Derecho con énfasis en Derecho Administrativo**

Tutor:

Dr. Wilson Yesid Suarez Manrique

Universidad Santo Tomas, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo

2017

Contenido

	Pag.
Introducción.....	8
1. El problema	10
1.1 Planteamiento del Problema	10
1.2 Formulación del problema.....	14
1.3 Objetivos.....	15
1.3.1 Objetivo General	15
1.3.2 Objetivos Específicos	15
1.4 Justificación de la investigación	15
2. Marco Teórico y Estado del Arte	18
2.1 Marco Teórico	18
2.1.1 Orígenes y Surgimiento del Modelo de Estado Constitucional Contemporáneo	19
2.1.2 Protagonistas del debate modernista entre formalismo y antiformalismo	23
2.1.3 Rol Desempeñado por las Posturas Alternas.....	27
2.1.4 Desarrollo latinoamericano	32
2.2 Marco referencial.....	39
2.2.1 Jurisprudencia y Principio de Seguridad Jurídica. Sistema Judicial En Colombia	39
.....	39
2.2.1.1 Sistema Judicial a partir de la Constitución de 1991.....	40
2.3 Criterios de obligatoriedad: la fuerza vinculante del precedente y el exepcional	48
apartamiento del mismo	48
2.4 Legítimo apartamiento del precedente jurisprudencial	52

2.4.1 Primer paso en la creación de nuevo derecho por parte del juez: construyendo y analizando la línea jurisprudencial como material referencial para la carga transparente como punto de partida de la carga argumentativa.	52
3. Hacia la senda del precedente.....	55
3.1 Instituciones y conceptos que intervienen en el surgimiento de la Jurisprudencia en Colombia.	55
3.2 La figura del precedente Constitucional en Colombia desde, los rasgos del constitucionalismo actual	63
3.2.1 Constitución rígida	64
3.2.2 La importancia de los derechos sociales	65
3.2.3 Seguridad jurídica maleable	66
3.2.4 Constitucionalización del derecho.....	69
3.2.5 Tensión democrática.....	71
3.3 La Importancia del Precedente	71
3.4 El Precedente y su Relación con la Función Judicial	72
3.4.1 La justificación de las decisiones judiciales	74
3.4.2 La Justificación interna y externa.....	76
3.4.3 Las finalidades de la motivación	78
4. Objeciones y límites que enmarca la disciplina de precedentes.....	79
4.1 Objeciones genéricas al sistema de precedentes en Colombia: función del precedente y sus límites dentro del discurso argumentativo jurisdiccional.....	80
4.2 La disciplina jurisprudencial y los tipos de sentencias emitidas por la Corte Constitucional.....	82

4.2.1 Según el objeto del fallo	86
4.2.1.1 Sentencias de constitucionalidad:	86
4.2.1.2 Sentencias de tutela:	87
4.2.1.3 Sentencias de unificación:	87
4.2.2 Según la hermenéutica constitucional y argumentación de sus decisiones:	87
4.2.2.1 Fundadoras de línea:	87
4.2.2.2 Hito:	87
4.2.2.3 Confirmadoras de principio:	87
4.2.2.4 Estilo pop:	88
4.2.3 Según la forma en que afecten los textos legales	88
4.2.3.1 Modulativas del contenido	88
4.2.3.1.1 Interpretativas desestimatorias:	88
4.2.3.1.2 Interpretativas estimatorias:	88
4.2.3.1.3 Integradoras o aditivas:	89
4.2.3.1.4 Sustitutivas:	89
4.2.3.1.5 Apelativas o exhortativas:	89
4.2.3.2 Modulativas “del nuevo derecho”	90
4.2.3.2.1 De control concreto de constitucionalidad:	90
4.2.3.2.2 Declarativas de inconstitucionalidad:	90
4.2.3.2.3 De inconstitucionalidad por omisión relativa:	90
4.2.3.2.4 Atípicas:	91
4.2.3.2.5 Proteccionistas:	91
4.2.4 Según los efectos de la decisión en el tiempo	91

4.2.4.1 Retroactivas o ex tunc:	91
4.2.4.2 No retroactivas, con efectos a futuro o ex nunc:	92
4.2.4.3 Diferidas o temporales:.....	92
4.2.5 Según el sentido de la decisión.....	92
4.2.5.1 Desestimatorias:	92
4.2.5.2 Estimatorias:	92
4.2.6 Según sus efectos.....	93
4.2.6.1 Interpartes:.....	93
4.2.6.2 Erga omnes:	93
4.2.6.3 Inter pares:	93
4.3 Límites que enmarca la disciplina de precedentes frente a las facultades de adición y modificación del derecho jurisprudencial en la jurisdicción ordinaria.....	93
5. Criteriología argumentativa, y jurisdiccional para la adición y modificación del precedente constitucional desde la jurisdicción ordinaria.	96
5.1 La adición o modificación del precedente constitucional en el sistema de precedentes colombiano	97
5.1.1 Objeción de generalización y criteriología constitucionalista.....	97
5.2 Argumentos de superación que facultan a los jueces de la jurisdicción ordinaria para la adición/modificación del precedente constitucional.....	103
5.2.1 Objeción de cooperación institucional y Criteriología de derecho internacional	108
5.2.2 El papel de la Corte Constitucional Colombiana como legislador positivo a través de las sentencias de constitucionalidad integradoras o aditivas	108

5.2.3 El Ius congens y el principio pro homine como regla general de la aplicación del corpus iuris Internacional de los Derechos Humanos	111
6. Conclusiones.....	114
Referencias bibliográficas	117

Lista de figuras

	Pág.
Figura 1. Caracteres para la clasificación de los distintos tipos de sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.	86
Figura 2. Ruta epistémica de la limitación hermenéutica de la Autonomía Judicial	103

Introducción

El estudio relacionado con la evolución de los sistemas judiciales en el mundo deviene de la teoría del Estado. Ello si se analiza que las funciones del Estado son en concretud, el accionamiento del poder por mandato un soberano para la persecución de un fin y bien común (Naranjo Meza, 2000, pág. 245)¹.

Como resultado de los aires reformistas constitucionales y la introducción de un nuevo tinte anti formalista a nuestro derecho, apreciables claramente en los articulados superiores 230 , 241 y 242 se encuentra la existencia de una delgada brecha donde el juez en competencia funcional comparte con la Honorable Corte Constitucional, la facultad otorgada por la norma superior en la pseudo-legislación de derecho viviente desde la creación modificación o complementación de sub-reglas de origen jurisprudencial. Frente a esta novísima facultad (aun inexplorada por parte de nuestros jueces), no existe descripción plena o sistémica para adecuar el modo operacional al que debería ceñirse de manera unánime la práctica judicial-legislativa de aquellos jueces que en ejercicio de sus competencias funcionales hacen uso de las facultades constitucionales para adicionar o modificar precedente constitucional.

Así pues, con el objeto de legitimizar la factible creación de nuevas sub-reglas jurisprudenciales vía adición o modificación del precedente constitucional desde la jurisdicción ordinaria se ha de identificar la fenomenología teórico-funcional del sistema de precedentes desde el componente de obligatoriedad y vinculatoriedad en el ordenamiento jurídico colombiano.

¹ NARANJO MEZA, Vladimiro. “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”. 8 Ed. Edit. Temis. Bogotá, 2000. Pág. 245

El presente estudio apunta a que dicho camino no solo es posible desde las condiciones constitucionales del sistema Colombiano, sino, que también es trazable desde un giro lingüístico como el planteado por Gadamer en el cual el metodologismo encuentra la verdad, como algo que se opone al método; para ello, la primera fase del presente escrito pretende revisar la evolución interpretativa de los principios de autonomía e independencia en la función judicial y la inmanencia correlacional del principio de seguridad jurídica., para así identificar, a partir del manejo que se le da al precedente, los rasgos del constitucionalismo actual y la relación entre sistema de precedentes y justificación de la decisión judicial en Colombia.

Seguidamente el segundo capítulo promete analizar las objeciones y límites que enmarca la disciplina de precedentes; segmentando para ello dos apartes discernidores de las objeciones genéricas en torno a la funcionalidad del sistema de precedentes y, los límites concretos en la implementación del derecho jurisprudencial desde la jurisdicción ordinaria. Finalmente, tomando como punto de referencia las dos primeras partes, se entregará una hipótesis teórico-discursiva del camino hacia la legítima adición y modificación del precedente constitucional en Colombia por parte de los jueces ordinarios.

1. El problema

1.1 Planteamiento del Problema

Una de las funciones del Estado Colombiano es la función judicial, instituida con la finalidad de “ejercer control jurídico sobre los actos de los gobernantes – entendiendo el término en su sentido amplio, esto es gobierno y parlamento – y, por otra parte, dirimir los conflictos que se suscitan entre los particulares o entre estos y el Estado” (Naranjo Meza, 2000, pág. 276)² a través de tribunales y jueces independientes en la toma de sus decisiones.

Consecuentemente se tiene que, si el objeto de la función judicial es impartir justicia³ a través de la resolución de conflictos entre los particulares o entre éstos y el Estado a la vez que castigar las infracciones de propias de la ley penal y defender el principio de legalidad (Naranjo Meza, 2000, pág. 279)⁴. Para lograrlo, han de respetarse dos principios básicos: la autonomía y la independencia judicial. Estos, son insumos principales que solo armonizan con “*el deber ser*” del derecho si se contextualizan sobre el trasfondo garantista, propio del sentido constitucional de las cosas.

Así, la importancia de la práctica judicial y los rasgos que definen su constante evolución se constituyen como las premisas con las que parte el presente estudio, tan indispensables como el reconocimiento de la relatividad en la eficacia y alcance de las reglas cuando de

² Ibis. Pág. 276

³ El concepto de justicia, ha sido objeto de especial debate por parte de los doctrinantes de la ciencia social. Así, por ejemplo, se ha concebido a la justicia bajo una perspectiva igualitaria (pitagóricos), una virtud fundamental que ordena las demás virtudes (Platón), la virtud total en relación con la proporcionalidad de los actos (Aristóteles), dar a cada cual lo suyo (Ulpiano), de acuerdo a una distribución equitativa (Cicerón), De las anteriores definiciones clásicas, dista la criteriología moderna tal como se puede apreciar sobre el referente de Rawls en los siguientes términos: “La justicia, es la primera virtud de las instituciones sociales como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”. Y agrega que “no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”. Pero, como explica el mismo tratadista norteamericano, “de diferentes tipos de cosas se dicen que son justas e injustas: no solo las leyes, instituciones y sistemas sociales, sino también las acciones particulares de muchas clases, incluyendo decisiones, juicios e imputaciones. Llamamos también justas e injustas a las actitudes y disposiciones de las personas, así como a las personas mismas. (Citado por Naranjo, 2000, pág. 276).

⁴ NARANJO MEZA. Óp. Cit. Pág. 279

alcanzar la justicia se trata; y de contera la importancia que ha cobrado el desarrollo e implementación del derecho jurisprudencial mediante un sistema de precedentes donde, la obligatoriedad del precedente constitucional coexiste con la posibilidad de una pseudo-legislación desde la jurisdicción ordinaria como creadora de nuevo derecho.

Ahora bien, teniendo en cuenta la sentencia T-1023/2000, de la Corte Constitucional⁵ que exhortó a los jueces, a su labor constitucional de interpretación del ordenamiento jurídico, sobre el entendido de que este debía de ser pleno, coherente y unificado, pues según la máxima Corte el juzgador: - “desarrolla una tarea de construcción y ponderación de principios de derecho que dan sentido a las instituciones jurídicas, lo cual supone un cierto grado de abstracción o de concreción respecto de las normas particulares para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, que le permita encauzar el ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales”; Se obtiene entonces que la decisión judicial de cualquier juez (desde su jurisdicción ordinaria), al igual que aquella emanada por nuestro máximo órgano en materia constitucional, también puede adquirir un tinte fundante o creador de derecho, cuando a partir de la adición o modificación de un precedente constitucional se puedan definir nuevas sub-reglas que ayudan a salvaguardar la norma superior desde casos particulares.

Así las cosas, las justificaciones del juzgador que, a ultranza de convicción, manifiesten o expliquen una interpretación de arraigo constitucional más acertada, resultarán aptas como legítima argumentación jurídica y por ende lograrían imbricarse como un producto

⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1203-00. catorce (14) de septiembre de dos mil (2000). expediente T-318.671. M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

legislativo que surge de la mera competencia funcional de aquel operador judicial que busca optimizar los principios o fines relacionados a garantizar el eficaz alcance de la justicia.

Empero, lejos de pretender un estudio más en torno a la obligatoriedad del precedente constitucional se ha de reiterar en este punto, que frente a la hipótesis probable de una función judicial pseudo legisladora se torna necesario revisar el manejo que hacen los jueces del derecho jurisprudencial. Particularmente, desde las posibilidades de adición y/o modificación del precedente constitucional para obtener una realística interpretación de las cargas constitucionales así como la criteriología hermenéutica y argumentativo-procedimental idónea de adición y/o modificación jurisprudencial que el precedente constitucional ordena para la función decisional.

Para ello, como pre-saberes epistemológicos ha de iniciarse la presente lectura con una distinción entre reglas y sub reglas, entre; doctrina probable, línea jurisprudencial, precedente constitucional y auto precedente; así como los rangos de obligatoriedad que alcanza cada acepción. Ello teniendo en cuenta los modelos y anti modelos propios del nuevo constitucionalismo, que invitan a reflexionar sobre la experiencia de las llamadas posturas voluntaristas, en la que jueces basados en la superación del positivismo exégeta, exceden sus funciones a la hora de tomar una decisión judicial. Luego entonces, resulta pertinente observar aquel cuestionamiento sobre: “¿cómo controlar a la interpretación del derecho y evitar que los jueces se apoderen de la legislación democráticamente construida?” (Streck, 2014, pág. 136)⁶.

Pues bien, se tiene que la necesidad de adecuar un nuevo modelo de interpretación basado en una nueva Constitución, a pesar de la arraigada tradición del Estado Liberal de Derecho

⁶ STRECK, Lenio. “Constitución y poder: la necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del derecho y la democracia. Derecho Procesal Constitucional”. Edit. LEGIS. Bogotá. 2014. Pág. 136

en los ordenamientos jurídicos de América Latina, ha dado origen a la recepción acrítica de teorías por parte de los estados constitucionalistas, esto en gracia de la híper difusión indiscriminada de modelos de adjudicación tales como el activismo judicial del realismo norteamericano, la teoría de la argumentación de Alexy y la jurisprudencia de valores alemana.

Sobre tal estadio, la adjudicación del derecho Latinoamericana encara de frente a la teoría alemana de la jurisprudencia de valores, (donde se concibe a la Constitución como un orden concreto de valores, siendo el papel del interprete el de encontrar y revelar los intereses de la misma), como modelo de entrada a la priorización de criterios constitucionales frente a estructuras rígidas y demócratas. En Brasil los tribunales, (sin tener en cuenta la carencia de rigidez en la estructura legalista de su sistema judicial), acogieron la ponderación como bastión preferencial para la toma de decisiones judiciales configurando una fenomenología conocida en la posmodernidad como *Pamprincipialismo*, un antimodelo de la adjudicación del derecho considerado por Streck como “subproducto del constitucionalismo contemporáneo” (2014, pág. 138)⁷; se puede observar aquí la peligrosidad y especial confusión que produce la fusión de teorías como la jurisprudencia de valores y la ponderación de principios. Así con este caso, la historicidad da fe de como el atrás mencionado sistema de derecho mutó, bajo una concepción tergiversada el activismo judicial concibiendo un hiperactivismo jurisdiccional en el cual, bajo un criterio proteccionista, los jueces yerran al imbricar su razón juzgadora con el sentido de la norma superior que es la Constitución.

⁷ *Ibíd.* Pág. 138

“El poder judicial no puede sustituir al legislador (no olvidemos aquí, la diferencia entre activismo y judicialización: el primero, debilitador de la autonomía; el segundo, contingencial).” (Streck, 2014, pág. 145)⁸

De igual forma el citado autor señala que “en vez de garantizar objetividad de la interpretación, el método – en cuanto momento supremo de la subjetividad – acaba por llevar a relativismos (v.g. en el derecho la cuestión de la ponderación, por ejemplo)” (Streck, 2014, pág. 148)⁹. Y es que resulta especialmente útil tal relativismo metodológico, pues se le encuentra específica consonancia con el pensamiento Dworkiniano que frente al poder discrecional de los jueces habla sobre una única respuesta correcta, (Streck plantea la búsqueda de una respuesta constitucionalmente adecuada sin basarse ningún procedimiento metodológico concebido hasta el momento). En este “*giro*”, -el papel de la hermenéutica pasa a ser, fundamentalmente, el de preservar la fuerza normativa de la Constitución y el grado de autonomía del derecho frente a las tentativas usurpadoras del proceso político (Streck, 2014, pág. 149)¹⁰. Proponiendo de esta manera el autor, una teoría hermenéutica anti – relativista y anti – discrecional basada en el rechazo por el individualismo y el reconocimiento del paradigma neo constitucionalista del siglo XXI.

1.2 Formulación del problema

¿Cuáles son los criterios procedimentales que deben seguir los jueces de la república en sus sentencias de modificación o adición del precedente constitucional?

⁸ *Ibíd.* Pág. 145

⁹ *Ibíd.* Pág. 148

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 149

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General

Describir el patrón operativo, dentro del cual halla factibilidad el nacimiento de sub-reglas jurisprudenciales vía adición o modificación del precedente constitucional desde la jurisdicción ordinaria.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Revisar el sistema de precedentes y el componente de obligatoriedad y vinculatoriedad en el ordenamiento jurídico colombiano.
- Analizar las objeciones y límites que enmarca la disciplina de precedentes frente a las facultades de adición y modificación del derecho jurisprudencial por parte de los falladores de la jurisdicción ordinaria
- Categorizar los constructos teóricos convergentes en las técnicas contra argumentativas para la adición y modificación del precedente constitucional como una legítima estrategia integrativa de nuevo derecho desde la jurisdicción ordinaria.

1.4 Justificación de la investigación

Puntualizar en la técnica legítima de manejo del precedente es el único medio posible para lograr la aplicación correcta del derecho no como un uso alternativo del mismo sino en consonancia con la esencia progresista constitucional Partiendo desde la esfera operacional de la justicia en Colombia.

Se encuentra como descriptor jurídico legal de la ratio decidendi, (S. T-569) como forma molecular del precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales:

“Si bien es cierto que la solución (parte resolutive) de una sentencia de tutela únicamente tiene efectos interpartes, no puede sostenerse lo mismo de la ratio decidendi del fallo. En la medida en que la ratio decidendi constituye una norma, en los términos indicados en el fundamento jurídico 3 de esta decisión, necesariamente adquiere alcance general, pues es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho (c.p. arts. 13 y 29)”.

Llevando implícito el legítimo cumplimiento de observar a obligatoriedad del derecho jurisprudencial se esquematizan como únicas vías de apartamiento de la postura de la corte en analogía y disanalogía en derecho constitucional:

1. La existencia de hechos dentro del proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto.
2. La existencia de elementos de juicio fortalecedores de coherencia jurídica que no hayan sido considerados por el superior.

Así las anteriores técnicas y métodos de interpretación, otorgan al jurista constitucional cánones interpretativos que permiten determinar si el sentido que se atribuye a la norma, realmente es correcto. Por ende, si hay legitimidad en el disenso o aplicación de una regla judicial frente a un caso concreto.

Y bien, ¿cómo debemos los juristas interpretar estas facultades discrecionales cuando uno de los nuevos problemas de interpretación a que hace frente el derecho jurisprudencial ofrece

como reto la fundamentación argumentativa de las reglas judiciales en torno a un control constitucional difuso aplicado en última instancia a criterios de razonamiento jurídico?

En la sentencia T-1023/2000, la corte constitucional señaló que el juez, en su labor constitucional de interpretación del ordenamiento jurídico, que debe ser pleno, coherente y unificado, dice la corte: - “desarrolla una tarea de construcción y ponderación de principios de derecho que dan sentido a las instituciones jurídicas, lo cual supone un cierto grado de abstracción o de concreción respecto de las normas particulares para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, que le permita encauzar el ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales” que no pueden ser otros que la real materialización de los principios y valores constitucionales.

Lo anterior es un indicador para el jurista del siglo XXI de que, la decisión judicial de un juez funcional, al igual que aquella emanada por nuestro máximo órgano en materia Constitucional, también puede adquirir un tinte fundante o creador de derecho, cuando a partir de un precedente constitucional se definen nuevas reglas sociales en salvaguarda de la norma superior sobre casos particulares, donde legítima argumentación jurídica equivale a actuación legislativa por parte de la mera competencia funcional de los operadores judiciales.

Así las cosas, frente a esta nueva facultad creadora de derecho es menester preguntarse también, por las cargas constitucionales y los elementos procedimentales frente a las facultades otorgadas por el principio de autonomía judicial, donde el juez de instancia más allá de estar facultado para desconocer un precedente obligatorio por considerarle ineficaz en relación a una nueva realidad problemática, también se encuentra habilitado jurídicamente para adicionar modificar o incluso sustituir la regla jurisprudencial superior, donde la corte

no podría reprochar al juez el haber alterado su criterio, dada la relatividad en la eficacia del alcance de las reglas; y de otro lado, la legitimidad en la manifestación de la convicción del juzgador cuando cree que explica una interpretación de arraigo constitucional más acertada.

2. Marco Teórico y Estado del Arte

2.1 Marco Teórico

Para el desarrollo de la presente investigación se divide el marco teórico en tres partes, en la cuales se pretende describir los principales constructos teóricos y doctrinales que soportan la ejecución del objetivo general del proyecto.

En la primera parte se pretende describir las construcciones conceptuales que hicieron carrera con posteridad a la revolución francesa, en la Europa decimonónica, las cuales, de cierta forma, cimentaron los desarrollos en los que se fundó el ordenamiento jurídico colombiano. Por el fenómeno de la traslación de teorías jurídicas: los fundamentos del derecho, su noción, las fuentes, la forma de interpretarlo, la función del juez, que se desarrolló en la etapa moderna en Europa continental, fueron acogidos en el ordenamiento jurídico colombiano, y marcaron, desde sus raíces, la concepción de ciencia jurídica sobre la que se fundó nuestro derecho. Fundamentos que parecen comenzar a cambiar en la posmodernidad.

Posteriormente se estudian las teorías constitucionalistas y las nuevas formas de entender el derecho desde paradigmas alternos, pues, en el ordenamiento jurídico colombiano, después de la constitución de 1991, se ha dado un viro a la forma clásica de entender el derecho: sus fuentes, formas de interpretarlo, el papel del legislador y el juez, ostentan una

perspectiva distinta a la que fundó el ordenamiento. Autores como Kelsen, Hart, Dworkin, Habermas, Alexy, Rawls, se han vuelto criterios de autoridad ineludibles en los distintos debates jurídicos.

Por último, en el tercer acápite del marco teórico, se trata de describir como tales desarrollos teóricos han tenido cabida en Latinoamérica. Se presenta el desarrollo jurídico-teórico latinoamericano como un fondo genérico de la concepción del ordenamiento jurídico colombiano. Dentro del cual se desarrollan las complejas relaciones de la construcción del derecho, el papel de la constitución, la función del juez y el precedente. Todo lo que se diga en este trabajo sobre el problema que se investiga, solo puede comprenderse adecuadamente bajo los desarrollos teóricos que se comentan a continuación.

2.1.1 Orígenes y Surgimiento del Modelo de Estado Constitucional Contemporáneo

El Estado constitucional contemporáneo nace con el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial. El establecimiento de constituciones rígidas, garantizadas judicialmente, y con fuerte contenido sustantivo, dan origen a una nueva” forma de entender las relaciones del ordenamiento jurídico. Son ejemplos de este tipo de constituciones “los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después. Sin embargo, desde entonces el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos (Carbonell, 2007, pág. 10)¹¹.

¹¹ Carbonell, M. Teoría del Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p, 10.

El Estado Constitucional no representa un simple cambio del estado de derecho “sino su transformación radical y superadora” (Sanchís, 1999, pág. 9)¹². Las principales tesis diferenciadoras del estado constitucional¹³ con el estado de derecho, pueden resumirse en tres: materialización del derecho, su relación con la moral, y la interpretación y aplicación del derecho. Es decir, se superponen enfoques desde el punto de vista ontológico, axiológico y metodológico.

En el anterior enfoque o paradigma se concebía la Constitución como una fuente de derecho que contenía exclusivamente mandatos de tipo eidético, sin fuerza normativa. Tal concepción ha mutado en el constitucionalismo actual. Incluso algunos han denominado ha este cambio como: Neoconstitucionalismo. Bajo esta óptica el derecho público y privado ha sido y es horadado por los postulados constitucionales. Se trata de una influencia de los valores, principios y derechos fundamentales en los demás ámbitos del Derecho. Con lo cual, se presenta una nueva relación entre el Derecho Constitucional y las demás esferas del derecho.

Los cambios que presenta el constitucionalismo contemporáneo se implican en normas positivas, prácticas jurisprudenciales y desarrollos teóricos. Los cuales, en últimas, vienen a cuestionar los clásicos fundamentos del derecho establecidos en el recinto de la familia jurídica romano-germana.

¹²Sanchis, P. Constitucionalismo y Positivismo, México: fontamara. 1999, p, 9.

¹³En un sentido similar puede revisarse a: POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad en la interpretación constitucional. Doxa, Volumen 21-II. ALEXY, Robert, El Concepto y la Validez del Derecho, Barcelona: Gedisa, 2004. ALEXY, Robert, Teoría del Discurso y los Derechos Humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

¹³BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009. BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo a Debate. Bogotá: Universidad Externado. 2007. BERNAL, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

Los cambios de paradigma constitucional se implicaron en el ordenamiento jurídico interno. Especialmente, por la labor desarrollada por la Corte Constitucional, derivada de la adopción de la Constitución de 1991.

Los magistrados de la Corte Constitucional colombiana han hecho uso frecuente de la teoría contemporánea del derecho para crear un estilo judicial en abierto contraste con el clasismo (López Medina, 2004, pág. 150)¹⁴. La Corte quedó así siendo la cabeza visible de un proceso de cambio cultural en derecho (Duguit, 2006)¹⁵ que incluye problemas que, pese a estar interconectados, son de diferente índole. Pues, la contraposición de la teoría contemporánea con el arraigado clasismo que ha perdurado en el ordenamiento interno por más de un siglo, genera problemas, principalmente, en la comprensión del derecho positivo, las prácticas judiciales, y la forma de enseñar y aprender el derecho.

Este nuevo rol desarrollado por la Corte Constitucional está fundamentado, especialmente, en la adopción de la Constitución de 1991 y en la importación de nuevas culturas jurídicas. La Constitución de 1991 se caracteriza por adoptar la fórmula del Estado Social de Derecho, reconocer trascendental importancia a la dignidad humana, establecer la normatividad de los derechos fundamentales y su protección judicial reforzada. Estos ítems constitucionales se mostraron como un material de trabajo propicio, amplio y vago, que le permitió a la Corte hacer gala de los desarrollos teóricos contemporáneos, principalmente, del mundo jurídico anglosajón y germano.

¹⁴ López, Di. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis – Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004. p, 150.

¹⁵ Sobre las transformaciones del derecho civil ver: DUGUIT, León. Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, Librería de Francisco Beltrán, Madrid.

La Corte importó, especialmente, las conceptualizaciones de parte de la obra de Hart¹⁶, Dworkin¹⁷, Alexy¹⁸, Rawls¹⁹ y Habermas²⁰. La Corte ha tomado en cuenta algunos desarrollos teóricos de estos autores para fundamentar, en el marco del Estado Social de Derecho y bajo el atisbo de la dignidad humana y los derechos fundamentales, una concepción antiformalista del derecho que se muestre como un punto de vista distinto al clásico formalismo que se instaló y se ha venido desarrollando casi de manera ininterrumpida²¹ en el ordenamiento jurídico interno desde mediados del siglo XIX. Las principales características de esta visión antiformalista del derecho son: (a) La existencia de principios en el ordenamiento jurídico y su normatividad; (b) el juez es visto como un creador del derecho; (c) la ponderación desplaza, en cierta medida, a la subsunción; (d) un fuerte componente de tendencia social, es decir, de ayuda a las clases marginales.

La importación de los desarrollos teóricos contemporáneos no ha sido tarea exclusiva de la Corte. Algunos académicos también se han preocupado por tales desarrollos. Empero, la labor de ellos ha ido más allá que la desarrollada por la Corte. Pues, el espacio académico ha sido propicio para la traducción, descripción, acoplamiento y crítica de estos desarrollos, de forma más completa y fundamentada que en sede judicial. No obstante, para lo que acá importa, es de resaltar que poco a poco la atracción por estas nuevas formas de entender el derecho se ha vuelto más frecuente y ha avanzado a campos insospechados, que van desde el derecho civil al derecho penal.

¹⁶ Cfr. Ver Corte Constitucional sentencia T 406 de 1992 y C 083 de 1995.

¹⁷ Cfr. Ver Corte Constitucional sentencia T 002 de 1992 y C 863 de 2001.

¹⁸ Cfr. Ver Corte Constitucional sentencia C 673 de 2001.

¹⁹ Cfr. Ver Corte Constitucional sentencia T 571 de 2008.

²⁰ Cfr. Ver Corte Constitucional sentencia T 629 de 2010 y T 405 de 2010.

²¹ Se habla que el clasismo se ha venido desarrollando casi de manera ininterrumpida por cuanto, es de recordar, que la denominada Corte de Oro y algunos juristas locales, a mediados de siglo, trataron de insertar en el ordenamiento jurídico una visión antiformalista del derecho inspirada principalmente en los desarrollos de la Escuela de la Libre Investigación Científica liderada por Genny.

2.1.2 Protagonistas del debate modernista entre formalismo y antiformalismo

La modernidad, por su parte, fue alumbrada por ciertas concepciones provenientes de la ilustración. Así pues, la confianza desmedida en la racionalidad, la libertad, la igualdad, el universalismo y el cosmopolitismo, fueron los estandartes de éste periodo. Su punto de partida, pero no de llegada²². Los ideales modernos, en lo posible, se intentaron implicar en el Derecho. Se predicó la confianza casi ciega en la racionalidad, la codificación, el principio de legalidad, la libertad e igualdad en el Derecho. No obstante, tales enunciados alegados se enfrentaron a rivales que los pretendieron derribar. Los cuales, de una u otra forma, estaban atados a concepciones empiristas o antiformalista que se contraponían a la base cimentada en la modernidad.

Así pues, “la teoría jurídica decimonónica, y también la del siglo XX, ha consistido en un continuo flujo y reflujo de tesis que plantean la polémica entre el formalismo y el antiformalismo en el Derecho; o sea, la controversia entre quiénes conciben el Derecho como un conjunto de enunciados normativos que deben ser objeto de una elaboración lógica y sistemática, frente a quienes ven en el Derecho la expresión de determinadas conductas sociales y/o valores éticos materiales”²³. Por el lado del formalismo resaltan las concepciones de la escuela de la exegesis en Francia y la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania. Por el lado del antiformalismo resaltan la Libre Investigación Científica, en Francia, la Jurisprudencia de Intereses y la escuela del Derecho libre en Alemania, y el realismo jurídico en norte América y Escandinavia.

²² Por tal motivo se ha referido a este periodo como un proyecto inacabado.

²³ *Ibidem*.

La Escuela Exegética en Francia se caracterizaba por su excesivo culto a la ley. “Los planteamientos de la escuela de la exegesis se verán desbordados por su estatalismo exacerbado, implícito en su culto a la ley.” Lo que llevó a reducir el Derecho a la ley. Y a considerar como no Derecho aquello que no hubiese sido establecido en la ley. La ley, en una concepción formalista, se consideraba justa por haber sido producto del órgano democrático.

Precisamente como reacción a la escuela de la Exegesis se desarrolló en Alemania la Escuela Histórica, el movimiento más representativo y depurado del Historicismo Jurídico. Se considera como el principal fundador de éste movimiento a Gustav Hugo. No obstante, quien es considerado como máximo representante es Savigny. Éste “concebía al Derecho como creación del espíritu de un pueblo, en la línea de un romanticismo exaltador de lo irracional, lo nacional y lo colectivo”. “El Derecho se concebía como una emanación de las fuerzas espontaneas de la vida de un pueblo, al igual que el idioma, el arte, las costumbres”. Como emanación espontanea del espíritu del pueblo se entendía cambiante. Al ser cambiante y mutable se niega que existan en él valores inmutables y comunes.

Como una forma de repudiar las expresiones del historicismo alemán, y de forma similar a lo planteado en la escuela de la exegesis en Francia, las concepciones de la jurisprudencia de Conceptos con Pucha, en Alemania, mostraron una perspectiva formalista del Derecho. Bajo las nociones de ésta escuela se entendía la existencia de construcciones conceptuales de principios generales de los cuales se deducían otras reglas hasta el punto de convertir al Derecho en un sistema cerrado. En otras palabras: se deseaba “vertebrar el Derecho alemán conforme a las categorías de Derecho romano según la sistematización característica del Digesto o Pandectas. El método de los pandectistas consistía esencialmente en un proceso

mental lógico-deductivo que, partiendo de simples conceptos, deriva en otros más complejos, hasta configurar un sistema dogmático completo” (Domingo, 2004, pág. 36)²⁴.

Como contraposición a la jurisprudencia de conceptos, en *El fin del Derecho Romano*, Ihering ve al Derecho como “una relación establecida de intereses antagónicos que valoran si la norma se ajustaba a las necesidades sociales y económicas”. Por intereses se quería significar no solo aquellos materiales, económicos y sociales, sino también los ideales. Al Derecho, bajo esta concepción, le es encargada “la misión de aprender y proteger los intereses materiales e ideales en la medida en que éstos se presentan como dignos de protección”²⁵.

La jurisprudencia de intereses en Alemania se vio como un proceso análogo al que se venía presentando casi de manera coetánea en Francia con la escuela de la libre investigación científica²⁶. Geny y Boncasse en dicha época comenzaron a denunciar los principales problemas que acaecían al Derecho de la forma expuesta por el formalismo de la Exegesis. Principalmente, lo que se cuestionaba eran las concepciones relativas a la plenitud del ordenamiento jurídico y la facultad de la ley para transmitir mensajes claros.

Las concepciones de la jurisprudencia de intereses y de la Libre Investigación Científica se integraron en una escuela mucho más amplia denominada el movimiento del Derecho Libre²⁷, en donde se encontraban juristas importantes como Ehrlich y Kantorowicz. De forma general este movimiento constituía una exaltación al antiformalismo en el Derecho.

²⁴ “Un sistema montado según las reglas de la lógica formal que se asemejaba a una pirámide con serie de conceptos referidos unos de otros hasta construir una verdadera genealogía de conceptos” DOMINGO, Rafael. *Juristas Universales*. Volumen IV. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2004. p, 36.

²⁵ “El centro de atención se va desplazando hacia la toma de decisiones por el juez y hacia las razones en las que se basó el legislador”. *Ibid.* p, 37.

²⁶ “Libre investigación científica por qué no está sometida a una autoridad positiva, y científica por que debe someterse a lo dado, a los datos objetivos suministrados por las ciencias auxiliares al Derecho”. *Ibidem.*

²⁷ Derecho libre procede de conferencia de Ehrlich en 1903, en donde se alegaba por la importancia de la libre creación del Derecho.

Se consideraba que el Derecho no estaba sometido a legalismos estrictos; las lagunas, la historicidad, lo cambiante de la sociedad, la realidad jurídica no podía reducirse a “formulas vacías”. Luego, el juez se constituía en un creador o extractor del Derecho que existió antes del Derecho positivo, de aquel Derecho cambiante que ha existido siempre, que está por encima del voluntarismo del Estado, que no puede reducirse a preceptos legales.

Esta forma de entender el Derecho y la tarea del juez, junto con las implicaciones del método de Austin²⁸ en Harvard y Yale se pueden concebir como el prólogo del realismo jurídico dado en el sistema anglosajón, y, posteriormente del realismo jurídico escandinavo. La puerta de entrada del realismo jurídico en Norte América fueron John Dewey, William James, Oliver Holmes, Roscoe Pound, Benjamín Cardozo, quienes consideraban al Derecho como una realidad viviente. El Derecho, según Llewellyn, es de creación judicial y está en constante movimiento (el cual es más lento que el cambio social); ha sido establecido como una forma de alcanzar ciertos fines sociales; en estas concepciones se elimina la diferenciación entre el ser y el deber ser; y, existe, desconfianza hacia “las reglas y conceptos jurídicos tradicionales” (1930) (1931)²⁹.

El Realismo Escandinavo surgió en la Universidad de Upsala. El cual, ha sido visto como un realismo moderado. Sus principales representantes son Alf Ross y Olivecrona. Ellos explican una teoría del Derecho a partir de los hechos más importantes que observan en relación con el Derecho, es decir, las reacciones psicológicas de los individuos ante las normas

²⁸Jhon Austin intentó construir una ciencia a “modo de sistema racional de conceptos jurídicos deducidos de la realidad jurídica, tanto de los Derechos positivos como de la moralidad positiva y de las costumbres”. Austin quiso sistematizar la jurisprudencia, de conformidad con los postulados generales de la lógica, en donde, se hacían importante los elementos primitivos y las reglas de transformación; prestando, en todo caso, especial importancia el análisis de los casos particulares. En Harvard y Yale se impuso, de este modo, un método de estudio del Derecho basado en el análisis del proceso judicial concretos. Esta forma de estudio con Blackstone se convirtió, posteriormente, en el método de casos. Cfr. DOMINGO, Rafael. Juristas Universales. Volumen IV. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2004. p, 36.

²⁹Cfr. LLEWELLYN, Karl. N. Realistic Jurisprudence – The Next Step y Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound. 1931.

y las sanciones³⁰. Las normas no son ni mandatos de autoridad ni valoraciones de justicia son expresiones lingüísticas dadas con el propósito de ser pautas de conducta más o menos obedecidas por un grupo. El Derecho no se ve desde la perspectiva de las normas respaldadas por la fuerza, sino que se observa como un mecanismo mediante el cual se regula el uso de la fuerza.

2.1.3 Rol Desempeñado por las Posturas Alternas

Las pretensiones de la modernidad no fueron cumplidas de la manera planeada. Ella fue un proyecto inacabado. La racionalidad se entendió limitada, la igualdad y la libertad se vieron inalcanzables, el universalismo y cosmopolitismo se advirtieron remplazados por los nacionalismos y localismos. El centralismo en el conocimiento se convirtió en marginalismo.

Tales cambios se implicaron en el Derecho. De cierta forma se variaron las principales concepciones de la modernidad sobre el tema. Se trató de recuperar lo establecido antes de la modernidad, se pretendieron cambiar algunos enfoques característicos de la modernidad para hacer frente a las transformaciones acaecidas, y, se establecieron alternativas a las clásicas concepciones. Es decir, se pretendió, en distintos grados, el regreso del iusnaturalismo; el positivismo trató de modificarse para hacerle frente a sus errores; y surgieron movimientos alternativos o marginales a efectos de entender y explicar el fenómeno jurídico³¹.

³⁰ Ellos rechazan las cuestiones metafísicas. “No puede haber ciencia que tenga por objeto cosa que las realidades espacio-temporales, y entre ellas no se encuentran ciertamente lo que se llaman valores. No existe la justicia. Tampoco existe ningún deber ser objetivo, y en consecuencia tampoco se da un deber ser objetivo, es decir, preceptos jurídicos.” La única realidad que corresponde a esas palabras es psicológica. El Derecho al que ellos se refieren no es tanto al Derecho positivo sino al Derecho vigente. Es decir, al cuándo y porque determinadas normas sociales pueden ser consideradas como Derecho por jueces y particulares.

Del renacimiento del iusnaturalismo pueden verse una visión ontológica y otra relativa. De los movimientos positivistas resaltan el metodológico y el normativista. Y, de las posturas alternativas, se destaca el enfoque sistémico, consensual y discursivo del Derecho.

Se resalta que dentro de estos movimientos positivistas e iusnaturalistas se hizo importante la argumentación jurídica³², bien sea como una manera de fundamentar los postulados base o como una forma de escoger dentro de las diferentes posibilidades que en algunos casos permitía la aplicación del derecho³³.

“En las primeras décadas del siglo XX se acuñaron expresiones como el renacimiento del Derecho natural y el retorno del Derecho natural, las cuales pretendían referir al Derecho natural como una perspectiva que siempre iba a existir en el Derecho.” (Domingo, 2004)³⁴ A ello ha de sumársele que el iusnaturalismo encontró una poderosa razón para su renacimiento; para tratar de recuperar el terreno cedido. Esta razón fue la catástrofe que supuso la segunda guerra mundial. De este renacimiento de Derecho natural, pueden categorizarse dos vertientes: la otológica y la moderada. La primera, trata de categorizar el pensamiento de juristas como J. Charmont, Finnis, Radbruch, Michel Villey. La segunda, trata de categorizar el pensamiento de juristas como Dworkin, Guido Fasso, Del Vecchio, Stammer.

La versión ontológica integra plenamente la moral, la política y el Derecho. El Derecho esta inmiscuido de cuestiones morales y políticas, hasta tal punto que pueda considerarse

³² Es interesante notar como este movimiento se evidenció especialmente con posterioridad a la década de los 50. En este orden de ideas resalta la Tópica de Viehweg en 1953, el Tratado de Perelman en 1958, Los Usos del Argumento de Toulmin en 1958, la Teoría de la Argumentación de Alexy de 1987, y las consideraciones de Aarníó, en lo Racional como lo Razonable, de la misma data.

³³Lo cual no implica que en las concepciones alternativas, como por ejemplo, la de Habermas y Lhumann la argumentación no desarrolle un papel preponderante.

³⁴Cfr. DOMINGO, Rafael. Juristas Universales. Volumen IV. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2004.

como no Derecho aquello que contravenga estas cuestiones, especialmente, la moral. Ésta es un elemento clasificatorio del Derecho. Para Radbruch “el conflicto entre justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del Derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insostenible, que deba considerarse como falso Derecho y ceder el paso a la justicia” (2009)³⁵. En últimas, podría verse como no Derecho aquello que contradijera de forma extrema la moral.

Cuál es el supuesto de la tesis de la única respuesta. “La diferencia principal de ésta versión con la anterior se da en el grado de integración. En Dworkin el Derecho es visto como integridad³⁶, y los principios que desbarajustan la idea teórica de los positivistas, se convierten en un buen intento de mostrar el Derecho desde su perspectiva que intenta eliminar la diferenciación entre descripción y valoración³⁷. Tales principios ostentan una parte constructiva en donde se justifica su conveniencia e integración jurídica, moral y política.

Contra este renacimiento de las concepciones del Derecho natural se produjo una modificación de las nociones de las teorías positivas, en donde, se trató de modificaren algo las concepciones otrora expuestas, para hacerlas más coherentes con el estado de arte que existía y con los errores que se querían evitar del pasado. Así pues, puede hablarse de las concepciones del positivismo metodológico y normativo de Kelsen y Hart, respectivamente.

³⁵ RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y Derecho*, Bogotá, Temis, 1999, p. 35.

³⁶ La versión moderada sostiene un modelo de integración relativa entre la política, la moral y el Derecho”

³⁷ Robert Alexy, en una perspectiva integradora, refiere la necesidad que el Derecho adolezca de tres clases de validez: social, moral y jurídica. Y para lo que acá nos importa, argumenta a favor de la tesis de la pretensión de la corrección del Derecho. La corrección del Derecho y la validez moral ayudan a la legitimación del Derecho, pero en este esquema no resulta suficiente, en tanto se habla de injusticias extremas y de elementos de eficacia y de legalidad casi del mismo plano, pasando por alto el sometimiento que estos le deben a aquel, y sin especificar en qué consiste la justicia.

Kelsen desea convertir al Derecho en una ciencia, por tanto, anhela desterrar de él los aspectos metafísicos del iusnaturalismo y contextuales del realismo jurídico. Son características de la propuesta Kelseniana las siguientes: se trata de una elaboración científica doctrinaria de carácter conceptual y formalista que no se preocupa por dar cuenta de la experiencia práctica. El criterio definitorio del Derecho se centra en la concepción de una norma fundamental que dota de validez al ordenamiento jurídico; la cual se plantea desde la neutralidad axiológica y la pureza metodológica; y, por tanto, tal concepción general del Derecho es de carácter monista, reconoce solamente la existencia del Derecho positivo. En lo que respecta a la aplicación del derecho por los jueces, Kelsen sostiene que la labor del juez consiste en escoger dentro de las diversas posibilidades que le presenta la norma, es decir, que al igual que el legislador que escoge dentro de las posibilidades del texto constitucional, el juez, en algunos eventos, debe escoger dentro de las posibilidades de aplicación que le ofrece la norma.

Por su parte, Herbert Hart es el más representativo defensor del Positivismo Normativista moderado. La forma de reconocer el Derecho no se establece bajo las concepciones de una norma fundamental, como sería el caso en Kelsen, sino bajo la concepción de una regla de reconocimiento de tinte empírico. La regla de reconocimiento en Hart es cuestión de hecho. Además de ello, una de las principales diferencias de este autor con Kelsen, es que Hart considera que el Derecho ostenta un contenido mínimo de moral que debe ser tomado en cuenta para garantizar la supervivencia y el desarrollo de la sociedad. En lo que respecta a la aplicación del derecho, Hart sostiene que el juez en las zonas de penumbra, que constituyen los hard cases, el juez es discrecional para escoger el sentido de las normas.

Además de las anteriores concepciones positivistas, se resaltan tres paradigmas alternos en el Derecho: el sistémico, el consensual y el discursivo. Los cuales, de cierta forma se vieron como alternativas a las clásicas concepciones del Derecho.

En Luhmann se explica el Derecho a través de la teoría de los sistemas (2005)³⁸. El Derecho es un sistema autónomo, “en términos de una concepción autorreferente del sistema jurídico” (Mejía Quintana, 2006, pág. 6)³⁹. El objetivo del sistema es adaptarse a su propia complejidad; el Derecho conforma sus estructuras de su propia auto-observación y autopoiesis. En consecuencia, “la apertura cognitiva ante el entorno supone una clausura normativa del sistema jurídico, en el sentido de que el código binario propio del Derecho es el que garantiza que la complejidad social se traduzca al lenguaje jurídico y se resuelva en términos jurídicos y no sociales” (Mejía Quintana, 2006, pág. 12)⁴⁰. En consecuencia, el Derecho no reduce la complejidad en eficacia o legitimidad sino en validez. John Rawls, en un enfoque consensualista, en *La Teoría de la Justicia* retoma la concepción contractualista como la más adecuada para concebir una concepción de justicia como equidad. La cual tiene como objetivo satisfacer por consenso “las expectativas de igual libertad y justicia distributiva de la sociedad” (Rawls, 1979)⁴¹. Para ello, utiliza diferentes herramientas basadas en un procedimiento consensual, que parte de la posición original, la cual garantiza libertad e igualdad para la toma de decisiones, mediante la cual, después de determinadas

³⁸Dice Luhmann: “Por "sistema" no entendemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos del Derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones, independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al Derecho. En este autor, resulta fundamental concebir “el sistema social como un ente móvil e inestable”. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*, en la clausura de la operación del sistema del Derecho, versión electrónica, s.e., p. 26.

³⁹ MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho*, en *Humanitas* (nº33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006, p. 6.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 12.

⁴¹ Cfr. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México: F.C.E., 1979.

argumentaciones se logran concertar dos principios de justicia que “orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social”. Tales principios se implican en el Derecho al ser desarrollados por las instituciones jurídicas.

Habermas⁴² intenta resolver la tensión entre legalidad y legitimidad mediante un procedimiento discursivo. Considera que las clásicas concepciones del Derecho, no logran en la posmodernidad resolver la dicotomía establecida entre los subsistemas y el mundo de la vida⁴³. La principal finalidad, es pues, superar la crisis de las sociedades complejas a través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando, a través de un modelo de democracia deliberativa, la dicotomía referida. El Derecho, los procedimientos jurídicos dados en torno a él, “en tanto sus contenidos garanticen la multiplicidad de perspectivas del mundo de la vida, puede ser el elemento más eficaz para rehacer el lazo social desintegrado desde una posición dialogal que supere los límites del paradigma monológico de la modernidad” (Habermas, 2010)⁴⁴.

2.1.4 Desarrollo latinoamericano

La concepción actual del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano corresponde a una implicación particular del proceso de racionalización del Derecho y a un caso particular de la adopción de las nuevas culturas jurídicas en Latinoamérica.

⁴² Ante las críticas de Robert Alexy en cuanto a que su propuesta no podía seguir ignorando en su estrategia de solución el Derecho como instrumento,

⁴³“Tal teoría del Derecho resuelve el conflicto mismo que el desarrollo teórico de Habermas no había podido superar entre sistema y mundo de la vida por considerar que la sola acción comunicativa bastaba para resolver las mediaciones dilemáticas entre ambas esferas, sin acudir al Derecho como instrumento de reconciliación social.”

⁴⁴ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid: Editorial Trota, 1998. MEJÍA QUINTANA, Óscar, *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho*, en *Humanitas* (nº33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006.

MEJÍA QUINTANA, Óscar, *La problemática iusfilosófica de la obediencia al Derecho y la justificación Constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

De forma general, las concepciones de la cultura jurídica moderna en Latinoamérica estuvieron condicionadas por los desarrollos jurídicos de la Francia posrevolucionaria. Latinoamérica se mostró como un sitio de recepción de teorías devenidas del formalismo jurídico Francés. La declaración de Derecho de 1789 y el Código de 1804, fueron las principales fuentes de inspiración para la instauración de la cultura jurídica latina. Luego, ésta resultó ser heredera de la familia jurídica romano-germánica, constituida, en últimas, en torno al Derecho Privado; en donde, se hacían importantes las nociones de libertad, propiedad privada, contratos y responsabilidad.

Pese a que el Código de Andrés Bello, manifiesta inspiración en diferentes concepciones del Derecho Alemán, Medieval y anglosajón, no puede negársele que su principal componente es de cultura Gala. Es decir, pese a las diferentes fuentes de inspiración del Código de Bello, la forma estructural esencial de éste corresponde al pensamiento formalista francés. Lo cual hizo que la naciente cultura jurídica Latinoamericana, que se basó directamente en el Código de Bello, llegara a fundarse en los desarrollos franceses modernos.

Salvo casos aislados en los que hicieron mella repercusiones de la etapa antiformalista francesa, especialmente, los desarrollos de Genny y Bonecase, y la escuela del Derecho Libre en Alemania, en las concepciones clásicas del Derecho preestablecidas en Latinoamérica, la concepción primitiva se mantuvo incólume hasta mediados del presente siglo. Es decir, las concepciones importadas de la exegesis francesa resistieron los embates del antiformalismo. No obstante, esta resistencia no se mantuvo para los desarrollos teóricos dados en el mundo jurídico con posterioridad a la mitad del siglo XX. Las concepciones primigenias, al igual que sucedió en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, fue influida por los desarrollos de la posmodernidad.

En Latinoamérica: desde finales de los sesenta han surgido algunos núcleos de juristas influidos por las tendencias europeas⁴⁵. Puede de forma general establecerse tres líneas generales de desarrollo del pensamiento jurídico en Latinoamérica. La primera línea consiste en aquellas concepciones que han adoptado el debate moderno entorno a la materialización del Derecho a través de principios, es decir, la concepción de que los ordenamientos jurídicos están dotados de dos tipos de normas: las reglas y los principios, conllevando con ello, además del paso de la subsunción a la ponderación y de las limitaciones del legislador, a la materialización del Derecho. En esta línea, desde el punto de vista metodológico, se ha hecho trascendente la argumentación jurídica; bien sea en el caso de la aplicación de las reglas en lo tocante a la justificación externa e interna de las decisiones, o en el caso de los principios, especialmente, en lo que respecta a las etapas de la proporcionalidad, idoneidad, necesidad y ponderación.

La segunda vertiente ha sido gestada por las elucubraciones reaccionarias de las concepciones sociológicas. En estas se aboga a favor del llamado “pluralismo jurídico”, en donde se resalta la existencia, en las sociedades contemporáneas, de diversas fuentes de Derecho que son distintas a las clásicas fuentes formales del Derecho⁴⁶, y, que quizás, despliegan una concepción y un papel más trascendental que el del Derecho Positivo.

La tercera línea es similar a la corriente Italiana del Uso Alternativo del Derecho, aunque con tintes marxistas menos acentuados. Esta concepción, que en la actualidad conserva

⁴⁵ Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, Cesar. Derecho y sociedad en América Latina, Bogotá: ILSA, 2003. P, 10. BERNAL, B. Historiografía jurídica hispanoamericana en el siglo XX, en LXXV años de evolución jurídica en el mundo, volumen II, México, UNAM, 1979, p 43-61. WOLKMER, Antonio. Introducción al pensamiento crítico. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda. 2003.

⁴⁶ En contraposición a estas concepciones pluralistas, se dice por quienes sienten afinidad por nociones estatutistas del Derecho: que lo llamado como pluralismo jurídico hace parte del Derecho positivo, porque de una u otra forma éste lo permite. "...En el Estado moderno todo Derecho es creado ó permitido por él". JELLINEK, J. Teoría General del Estado. México: Nucainedi, 1936, p, 237

aceptación en algunos países latinoamericanos, se muestra “no tanto como paradigma teórico cuanto como orientación para la práctica profesional de abogados y jueces progresistas”⁴⁷. Resaltan como exponentes de ésta concepción MossetIturraspe y Lorenzetti⁴⁸. Esto ha prestado el campo propicio para hablar de la eliminación de la frontera del Derecho público y el privado, la despatrimonialización del Derecho privado y de un personalismo en el centro del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en Colombia, como se mencionó, se da recepción, especialmente, de la nueva cultura jurídica, denominada como Neoconstitucionalismo, la cual es similar a la concepción de la primera y tercera línea referida. El Neoconstitucionalismo, a trazos generales, viene a transformar la clásica concepción formalista francesa que se insertó en Latinoamérica: en la cual se encuentran fincados los pilares generales del ordenamiento jurídico colombiano⁴⁹. Es decir, el paradigma de Derecho que se ha venido adoptando el cual se caracteriza por la relevancia de los derechos fundamentales, de su potestad de irradiación y de su carácter normativo, viene a significar el movimiento de los cimientos del Derecho en los cuales se cimentó el ordenamiento jurídico interno.

La anterior concepción formalista del derecho, con acentos legalistas, encontró en las características generales del ordenamiento de esa época el nicho necesario para su desarrollo. Las nociones generales de la Constitución de 1886, las cuales sometían al desarrollo

⁴⁷ Similar a esta línea de argumentación puede verse el caso, no tanto a nivel práctico, si no en un nivel más teórico, adoptando los pensamientos de la escuela francesa reseñada, se exhibió principalmente en los movimientos denominados “Crítica jurídica (México, Brasil), y teoría crítica del Derecho (Argentina)”. De forma general, en estas corrientes el Derecho se entiende como una crítica y análisis a la concepción clásica del Derecho.

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los contratos, Parte General. Buenos Aires, Sata Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 454-458. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Calificación, Integración e Interpretación del Contrato, Revista de Derecho Privado y Comunitario. RubinzalCulzoni Editores, 2006.

⁴⁹ La concepción clásica sobre la cual se cimentó el ordenamiento jurídico Colombiano, al igual que en la mayor parte de Latinoamérica, correspondió a los pilares generales de la familia jurídica romano-germana, es decir, la concepción francesa del siglo XIX.

legislativo las garantías allí establecidas, pues, la ley era la encargada de fijar el sentido y el alcance de las libertades fundamentales, se constituían en campo fecundo del formalismo signado.

Las afirmaciones anteriores deben ser matizadas por un hecho que es digno de resaltar. La famosa Corte de Oro⁵⁰ en sus providencias, importó la concepción según la cual existían principios sistémicos que hacían parte del derecho y servían de fuente para decidir cuando no existía ley expresa que regulara el caso. Con base en principios tales como, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y la imprevisión, se resolvieron algunos asuntos puestos a su conocimiento. Pero, la utilización de estas fuentes alternativas de Derecho era excepcional, por tanto, no por ello, puede decirse que se cambió la concepción legalista del Derecho.

El arraigado formalismo donde se predicaba la supremacía de la ley, al igual que como sucedió en otros países, se mostró inerte para rebatir determinados problemas sociales con implicaciones jurídicas. Las marcadas diferencias sociales, la inequitativa distribución de la riqueza, la pluralidad de entidades culturales, étnicas y religiosas, las constantes y extremistas contra-posiciones ideológicas y partidistas, en especial, “la democracia pactada y restringida del Frente Nacional, las experiencias dolorosas de intentos de recuperación de la seguridad nacional en los estados de sitio” (López Medina, 2006, págs. 5-6)⁵¹, fueron situaciones que conllevaron la necesidad de un cambio Constitucional⁵² radical para nuestro país.

⁵⁰ Así se le denominó a la Corte Suprema de Justicia, durante el periodo aproximado que va desde 1930 a 1940, en donde con gran brillantez se acogieron postulados antiformalistas, principalmente traídos de la crítica de Geny a la exegesis francesa.

⁵¹López Medina, Diego. Interpretación Constitucional. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006. p, 5-6.

⁵²En este sentido puede observarse que así como la ley fundamental de Bonn fue producto de las catástrofes nacionalistas de la segunda guerra mundial la Constitución Colombiana de 1991 fue la respuesta jurídica de las crisis

La concepción fuerte de la Constitución⁵³, y en especial, de los derechos fundamentales mediante la cual éstos revelan la potestad de irradiar el ordenamiento jurídico y condicionar situaciones que otrora regulaba la ley o estaban sometidos al arbitrio de los privados, comenzó a surgir en el ordenamiento jurídico interno a partir de la Carta de 1991⁵⁴. Así pues, “los textos Constitucionales, y muy en particular aquellos en los que se consagran derechos fundamentales de las personas, se han convertido en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos en Colombia.”

“Esta especial caracterización de los derechos fundamentales se encuentra expresada, principalmente, en los artículos 4º, 5º y 86º del texto colombiano”⁵⁵. La supremacía de la Constitución da prevalencia a los fundamentales, la existencia de inalienabilidad de los derechos les otorga plus de permanencia, y la presencia de un mecanismo expedito para hacerlos valer les da una primaria garantía. Es decir, la Constitución es concebida como normas de normas, resaltándose así el hecho de su superioridad sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, dotándosele además de carácter normativo, mediante el cual puede ser aplicada, en alguno de sus apartes, de forma directa por los jueces sin necesidad de desarrollo legal. La primacía de los derechos inalienables de las personas, otorga un estatus trascendente a la concepción de persona y sus derechos fundamentales, los

sociales, culturales y jurídicas que la antecedieron. O yuxtaponiendo conceptos de Habermas se trató de mediante el Derecho recomponer el lazo social desintegrado por las crisis económicas, de legitimidad, de racionalidad y de motivación, que sucede en las sociedades altamente diferenciadas.

⁵³La Constitución de 1886 era portadora de una concepción débil de Derechos fundamentales. Es más, no se consagraban como tales Derechos fundamentales. En el título III de la Constitución se establecía “De los Derechos y garantías sociales”, dentro de los cuales se situaban algunas de las libertades que actualmente se consideran Derechos fundamentales.

⁵⁴Los principales cambios en el Derecho positivo se evidencian en el apareamiento de Constituciones garantistas y con fuerza normativa, en Europa resaltan los textos Constitucionales de: Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978). En Latinoamérica, sobresalen los textos de: Brasil (1988), Colombia (1991), Panamá (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1995), Ecuador (1998), Venezuela (1999).

cuales se conciben con fundamento en la dignidad humana. La acción de tutela es un mecanismo expedito y sumario que las personas ostentan para acudir al juez ordinario para reclamar de manera directa, ya no por intermedio de la ley, la protección a sus derechos fundamentales dados por la Constitución.

A diferencia de lo sucedido en la Corte de otrora, la actual Corte Constitucional ha jugado un papel protagónico en lo que refiere a la protección y materialización de los postulados constitucionales. Mediante revisión de tutelas, sentencias de unificación y fallos de constitucionalidad ha volcado una amplia y fuerte concepción teórica, de doctrina principalmente alemana, española e italiana, sobre la concepción de los derechos fundamentales. Estos pronunciamientos judiciales le han servido para elaborar doctrinas, que vistas desde la fuerza vinculante que se quiere imprimir al precedente junto con la concepción evolucionaría y progresista de la Corte, hacen nacer interesantes cuestionamientos a la práctica jurídica, la ciencia jurídica y la Teoría del Derecho.

El Cambio Constitucional, los pronunciamientos judiciales, y lo sucedido en el Constitucionalismo contemporáneo, les han servido, a distintos teóricos del Derecho local, para elaborar explicaciones de dicho fenómeno. Así pues, puede resaltarse como representantes de tales esfuerzos locales a López Medina⁵⁶, Bernal Pulido⁵⁷, Rodolfo Arango⁵⁸, Alexey Julio⁵⁹, Jacobo Calderón⁶⁰, entre otros⁶¹. Los cuales, basándose en

⁵⁶LÓPEZ MEDINA, Diego E. *La Letra Y El Espíritu De La Ley*, Bogotá, Temis-Uniandes, 2008. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá: EDICIONES UNIANDES - LEGIS, 2006.

⁵⁷BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009. BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo a Debate*. Bogotá: Universidad Externado. 2007. BERNAL, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. 232.

⁵⁸ARANGO, Rodolfo *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?* Bogotá: Siglo de Hombres Editores. 1999.

⁵⁹ESTRADA, Alexey. *La eficacia de los Derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición mayo de 2002.

⁶⁰CALDERÓN, Juan Jacobo. *La Constitucionalización del Derecho Privado*. Bogotá: Uniandes. 2010.

⁶¹En cuanto a los desarrollos teóricos, sobresalen los trabajos de Robert Alexy, Dworkin, Ferrajoli, Comanduchi, Zagrebelsky, Pozzolo, Carbonell. Ellos, de forma general, han tratado de explicar, desde diferentes enfoques, el fenómeno que se ha venido presentando en el Constitucionalismo contemporáneo.

desarrollos conceptuales dados en los sitios principales de producción de teorías jurídicas han tratado de describir, comprender, y presentar soluciones, desde diferentes aristas, a los fenómenos que le acaecen al ordenamiento jurídico actual.

2.2 Marco referencial

2.2.1 Jurisprudencia y Principio de Seguridad Jurídica. Sistema Judicial En Colombia

Zubiría (2012) desarrolla la historia de la Rama Judicial en Colombia, partiendo de una época centralista (1821 a 1850), un periodo centro federal (1850 – 1858), federalista (1858 a 1886), el periodo centralista de la carta del 86 con sus reformas y finalmente la asamblea nacional constituyente y la Constitución de 1991.

Frente a dicha historicidad del sistema judicial colombiana se puede observar que no es hasta la Constitución de 1886 que se concibe la idea de la justificación de la sentencia y a su vez, nace el control de constitucionalidad a partir de un examen entre la normatividad inferior y la Constitución de la época, antes de ello existía una estrecha relación entre el poder judicial y la política imperante de la época.

Luego de éste periodo, el surgimiento de la Constitución de 1991 a través de la Asamblea Nacional Constituyente trae consigo una serie de cambios institucionales que denotan la consagración propia de un Estado de Social de Derecho basado en la principios de separación de poderes y la autonomía de la autoridades judiciales en la toma de sus decisiones. Sin embargo, se resaltar el arraigo que la cultura anterior a la Constitución Política de 1886

todavía es visible en cuanto a la discrecionalidad infundada y alejada de la fuerza normativa de la Constitución que le precede.

2.2.1.1 Sistema Judicial a partir de la Constitución de 1991

El concepto de independencia judicial nace desde la visión de los fundamentos constitucionales del derecho cuando las cartas fundamentales erigen dentro de su organización política un sistema jurídico basado en la idea de Estado democrático. Frente a ello, Quintero y Prieto (2008) mencionan que este principio encuentra su fundamento más cercano en la separación de poderes y para ello, distinguen entre la independencia interna y externa de los operadores judiciales. En el primer caso, se observa independencia al interior de la rama judicial, sin detrimento de lo establecido por la jerarquía estructural del proceso impugnativo y en el segundo caso, se hace referencia a la independencia del juez frente a otros órganos y sociedad en general. “El juez está sometido solamente a la ley. Esta es su único jefe. Pero un jefe implacable porque la arbitrariedad es delito”. (Quintero y Prieto, 2008, pág. 123). En este punto, Camacho (2010) menciona que dicha independencia debe procurarse en la medida de la colaboración existente entre los poderes en la ejecución de los fines emanados por el Estado Social de derecho consagrado en la Carta Fundamental.

Ahora bien, frente a la autonomía judicial como principio fundante de un Estado Social de Derecho colombiano, éste encuentra sustento normativo interno e internacional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana cuando la misma establece en sentencia T- 238 de 2011 que:

Entre los primeros deben destacarse particularmente el artículo 228, según el cual las decisiones de la administración de justicia son independientes y el 230, que señala que

los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Y dentro de los segundos, la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8° establece que “toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”.

En esta misma línea, dicha Corporación ha mencionado que el derecho al acceso a la administración de justicia se encuentra directamente relacionado con la independencia e imparcialidad de los operadores judiciales, debido a que solo así se puede garantizar la misión constitucional de administrar justicia conforme a derecho.

La gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, reconocidas y relievadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia. En suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia.

Bajo esta perspectiva, siguiendo la interpretación de la Corte Constitucional en sentencia 238 de 2011 sobre la Ley Estatutaria de Administración de Justicia menciona que “el artículo 5° de la Ley 270 de 1996 incluyó como uno de los principios de la administración de justicia la autonomía e independencia de la Rama Judicial.”

Puntualizar en el “Análisis estático” como técnica legítima de manejo del precedente es el único medio posible para lograr la aplicación correcta del derecho no como un uso alterno del mismo sino en consonancia con la esencia progresista constitucional ya sea, a partir de

la distinción entre ratio decidendi y obiter dictum, analogía y disanalogía en derecho constitucional; o simplemente señalando el cambio de jurisprudencia

En cuanto a distinción entre ratio decidendi y obiter dictum, la corte constitucional, explica mediante fallo (T.569/2001), el descriptor jurídico legal de la ratio decidendi, como forma molecular del precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales:

Si bien es cierto que la solución (parte resolutive) de una sentencia de tutela únicamente tiene efectos interpartes, no puede sostenerse lo mismo de la ratio decidendi del fallo.

En la medida en que la ratio decidendi constituye una norma, en los términos indicados en el fundamento jurídico de esta decisión, necesariamente adquiere alcance general, pues es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho (c.p. arts. 13 y 29).

Llevando implícito el legítimo cumplimiento de observar a obligatoriedad del derecho jurisprudencial se esquematizan como únicas vías de apartamiento de la postura de la corte en analogía y disanalogía en derecho constitucional:

1. La existencia de hechos dentro del proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto.
2. La existencia de elementos de juicio fortalecedores de coherencia jurídica que no hayan sido considerados por el superior.

Así las anteriores técnicas y métodos de interpretación, otorgan al jurista constitucional cánones interpretativos que permiten determinar si el sentido que se atribuye a la norma, realmente es correcto. Por ende, si hay legitimidad en el disenso o aplicación de una regla judicial frente a un caso concreto.

Y bien, como debemos los juristas interpretar estas facultades discrecionales cuando uno de los nuevos problemas de interpretación a que hace frente el derecho jurisprudencial ofrece como reto la fundamentación argumentativa de las reglas judiciales en torno a un control constitucional difuso aplicado en última instancia a criterios de razonamiento jurídico?.

En la sentencia T-1023/2000, la corte constitucional señaló que el juez, en su labor constitucional de interpretación del ordenamiento jurídico, que debe ser pleno, coherente y unificado “desarrolla una tarea de construcción y ponderación de principios de derecho que dan sentido a las instituciones jurídicas, lo cual supone un cierto grado de abstracción o de concreción respecto de las normas particulares para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, que le permita encauzar el ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales” que no pueden ser otros que la real materialización de los principios y valores constitucionales.

Lo anterior es un indicador para el jurista del siglo XXI de que, la decisión judicial de un juez funcional, al igual que aquella emanada por el máximo órgano en materia Constitucional, también puede adquirir un tinte fundante o creador de derecho, de los parámetros jurisprudenciales se definen nuevas reglas sociales en salvaguarda de la norma superior a partir de casos particulares, donde legitima argumentación jurídica equivale a actuación legislativa por parte de la mera competencia funcional de los operadores judiciales.

Frente a esta nueva facultad creadora de derecho es menester preguntarse también, por la legitimidad y seguridad jurídica del derecho viviente frente a las facultades otorgadas por el principio de autonomía judicial, donde el juez de instancia más allá de estar facultado para desconocer un precedente obligatorio por considerarle ineficaz en relación a una nueva

realidad problémica, también se encuentra habilitado jurídicamente para adicionar modificar o incluso sustituir la regla jurisprudencial, y donde la corte no podría reprochar al juez el haberse separado de su criterio, pues la ineficacia del alcance de la regla jurisprudencial es totalmente relativa; y de otro lado, si el juez cree que explica una interpretación de arraigo constitucional más acertada, bien podrá, según la misma corte, desconocer válidamente el precedente.

Corte Constitucional Colombiana como referente Jurisprudencial: Si bien existe una coherente, sólida y fuerte línea jurisprudencial sobre la obligatoriedad del precedente; especial mención merece la sentencia C-836 de 2001, “hito” para el derecho colombiano en tanto introduce el precedente judicial en nuestro sistema de fuentes de derecho, sin restringirlo ya a la jurisprudencia de la corte constitucional. la corte constitucional tuvo que responder dos interrogantes: ¿pueden los jueces de instancia apartarse de las decisiones tomadas por el tribunal de cierre en su respectiva jurisdicción?; y ¿pueden estos tribunales apartarse de su propio precedente?. Si bien en ambos casos, la respuesta fué negativa lo cierto e innegable es que existen principios constitucionales que riñen con esta regla judicial.

En el primer numeral del resuelve, la sentencia C-836/2001 declara exequible el artículo 4° de la ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la corte suprema de justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la mencionada sentencia.

Cabe considerar que el enunciado normativo que establece el deber jurídico de aplicar los precedentes no se encuentra en la parte resolutive de esta sentencia. el decisum trajo dos

determinaciones a la vez, la primera, declarar condicionalmente exequible la norma contenida en el artículo 4° de la ley 169 de 1896; y la segunda (la condición), más que obligarlos, les impone a todos los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria la “carga de exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos” que justifiquen su decisión de apartarse de la doctrina probable dictada por la corte suprema de justicia, doctrina que se configura con tres decisiones uniformes respecto de un mismo punto de derecho.

El enunciado sobre el deber de aplicar los precedentes puede extraerse de los numerales 14 a 24 de la sentencia 836 del 2001. En concreto, el deber de los jueces y tribunales de instancia de someterse a las decisiones previas del máximo órgano de su respectiva jurisdicción se enuncia así:

... 18. Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación.

....21. la expresión “erróneas” que predica la norma demandada de las decisiones de la corte suprema puede entenderse de tres maneras diferentes, y cada interpretación da lugar a cambios jurisprudenciales por razones distintas. En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. como se analizó de manera general en el numeral 18 supra, este tipo de error sobreviniente justifica que la corte cambie su propia jurisprudencia. en segundo lugar, la corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. en estos casos también

está justificado que la corte suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. en tercer lugar, como resulta apenas obvio, cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante. por lo anterior, en adelante, el artículo 4° de la ley 169 de 1896, modificadorio del artículo 10° de la ley 153 de 1887, habrá de entenderse de la siguiente manera: “tres decisiones uniformes dadas por la corte suprema de justicia sobre un mismo punto de derecho constituye doctrina probable y los jueces deberán aplicarla, lo cual no obsta para que la corte varíe su doctrina en caso de que juzgue erróneas sus decisiones anteriores.

Entonces, ¿qué es la cosa juzgada constitucional? entender este interrogante como aquel precedente jurisprudencial que la corte constitucional, como intérprete autorizado de la constitución política y guardiana de la integridad del texto superior, realiza bajo su función jurisdiccional. sería blindar el precedente con la impermeabilidad del principio stare decisis, (algo así como constitucionalizar las cosas juzgadas por la corte constitucional), tal como lo han hecho otros sistemas jurídicos como México; circunstancia que constituye un craso error en función de la naturaleza de flexible identidad de nuestro propio esquema pues si bien en contra referencia al artículo 230 constitucional, la corte constitucional acierta al afirmar que el precedente constitucional construido por su propia jurisprudencia constituye una fuente formal de derecho, t-292 de 2006, resulta vinculante conforme al artículo 241 de la carta, y no podría ser de otra manera, como quiera que en reiteración de esto se evidencia la categorización que la constituyente de nuestra carta magna dispuso para la Corte Constitucional como máximo tribunal en lo constitucional e intérprete por excelencia del texto superior, ello no implica que en Colombia, se extinga el control constitucional difuso,

como quiera que toda autoridad judicial o administrativa puede abstenerse de aplicar una norma por encontrarla inconstitucional, en aplicación de la figura denominada vía de excepción. inclusive, tratándose de tanto de normas declaradas exequibles como del mismo precedente, se pueden inaplicar si estas vulneran derechos fundamentales dentro de un contexto no observado o tomado en cuenta por la corte constitucional dentro de su examen de constitucionalidad de la norma censurada.

Si bien las autoridades administrativas se encuentran obligadas a cumplir el precedente emanado de las altas cortes, para el caso, en materia constitucional, el de la corte constitucional como órgano de cierre en la materia, se destaca que las autoridades administrativas no cuentan con la facultad interpretativa que si le fue conferida por la norma superior a la judicatura. ya que así como las autoridades judiciales se encuentran obligadas a acatar el precedente constitucional, no menos cierto es que también existen circunstancias en las cuales los jueces y tribunales de justicia pueden apartarse del mismo, precisamente, en atención a lo consagrado en el artículo 230 de la constitución. Sin embargo, y como quiera que el precedente constitucional deviene de la norma de normas, la facultad interpretativa de los jueces es mucho más limitada en efecto, la corte constitucional admite que los jueces se aparten de su precedente como se recordará a modo de paréntesis en el párrafo que subsigue.

En cuanto al legítimo apartamiento del precedente jurisprudencial se plantea como dinámica en el derecho constitucional colombiano, la consolidación de la línea jurisprudencial a favor de la tesis del valor aplicado del precedente rebasando aquel tradicionalismo de fuentes con sus métodos de interpretación dependientes de la extensión y analogía del texto normativo. Ejemplo de ello se observa en las líneas que a continuación siguen de la sentencia:c-104 de 1993:

“El recurso de súplica surge cuando existiendo plena identidad en los supuestos de hecho sometidos en cada caso a la consideración del mismo órgano judicial -el Consejo de Estado-, éste se aparte del criterio precedente de modo arbitrario o sin motivación razonable. Si el recurso de súplica está consignado en una norma con fuerza de ley y si la Constitución remite a la ley la forma como el Consejo de Estado ejercerá sus competencias judiciales, no queda sino colegir, en sana lógica, que el recurso de súplica se aviene a la preceptiva superior. Es un desarrollo de la Carta toda. El objetivo último del recurso de súplica consiste en la garantía de que sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no es posible acoger doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación. No contribuye a la seguridad jurídica el cambio de jurisprudencia contenciosa no explícito y que no cuente con la participación de la totalidad de la Sala Contencioso Administrativa. Fecha: Santafé de Bogotá, D.C, marzo once (11) de mil novecientos noventa y tres (1993)”. (Sentencia No. C-104/93, 1993)⁶²

2.3 Criterios de obligatoriedad: la fuerza vinculante del precedente y el excepcional apartamiento del mismo

La obligatoriedad del precedente implica, usualmente, una interpretación constitucional que ha trascendido el ámbito meramente académico para mimetizarse a la aplicación del derecho, evolución progresista que se ve reflejada en la dinámica mixta de nuestro sistema de fuentes donde existe la fuerza vinculante del derecho jurisprudencial que aunque en disonancia con el control difuso de constitucionalidad, logra una perfecta interacción con la función judicial en razón a la garantía de la autonomía institucional (C.P. art. 228), lo que

⁶² Corte Constitucional Colombiana. (1.993). Sentencia C-104. Proceso N° D-164. Extraído de la página web. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1993/c-104_1993.html.

justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico del precedente.

Como consecuencia del reciente proceso evolutivo de nuestro sistema jurídico, es frecuente hallar confusiones problemáticas en torno a la interpretación del derecho, planteándose como génesis problemática diversos criterios ofrecidos por un sistema de fuentes alternativista oferente de una dinámica bilateral que se desempeña en dos escenarios como lo son las normas positivamente codificadas y el derecho jurisprudencial, lo cual imprime un plus de complejidad a la labor cernidora de las fuentes sistémicas y de los criterios no solamente dominantes sino pertinentes.

Por esta razón, en Colombia la dinámica del derecho contemporánea problematiza la realidad desde su génesis fenomenológica en un enrutamiento hacia el despeje de su raíz constitucional así, el derecho vigente y aplicable será extraído de precedentes judiciales anteriores; Constituyéndose estos como la norma controlante del caso, este escenario jurídico demanda del jurista cada vez con mayor ahínco, una hermenéutica de derecho jurisprudencial donde juzgadores e intérpretes recorren las distintas técnicas (ilegítimas, legítimas y circunstancialmente legítimas) de interpretación de precedentes, bajo el epígrafe “derecho viviente”.

Para el manejo de este nuevo derecho se han delineado desde la doctrina jurídica, esquemas y parámetros interpretativos con la intención manifiesta de facilitar el mejor entendimiento de los contornos propios del sistema de precedentes, en especial, pensando en la carga argumentativa impuesta desde la norma superior para el discurso jurídico vigente donde explícitamente tratándose del operador judicial se traduce en “justificaciones suficientes y adecuadas”.

Así, del mismo modo en que el creyente profesa y practica su fe con fundamento en la interpretación de la doctrina patristica, en el ámbito organizado y jerarquizado del derecho el jurista, en cualquiera de sus funciones, debe tener una teoría coherente de la interpretación constitucional que le permita identificar los argumentos jurídicos con los cuales se explica el sistema normativo en guarda relacional con un sistema de fuentes de derecho. Esto último no implica cosa distinta a una comprensión sistemática de la teoría jurídica a partir de la evolución suscitada por la reforma constitucional del 91 sobre nuestro sistema jurídico.

Si bien la aplicación directa de principios constitucionales abre nuevas perspectivas de resolución de conflictos jurídicos, ello constituye una desafiante responsabilidad hermenéutica que, en función de la eficacia del derecho y la seguridad jurídica, debe superar barreras propias de los distintos modos operacionales del razonamiento. Por ello las reglas constitucionales de origen jurisprudencial demandan un tratamiento de especial cuidado por cuanto deben ser abordadas como subreglas cuya naturaleza es producto de diversos escenarios fácticos y momentos históricos, razón por la cual indispensable se torna clasificar aquellas subreglas según su vigencia, su fuerza y su pertinencia con el objeto de determinar un régimen único de su valor dentro de la jurisprudencia.

Por lo anterior y guardando una coherencia directamente proporcional se observa en común denominador la existencia de diversos y disímiles pronunciamientos jurisprudenciales sobre patrones fácticos relacionados dentro de determinado escenario constitucional. En tal sentido, se requiere que el intérprete jurisprudencial identifique y mida los alcances y el peso estructural de la línea en función del problema jurídico concreto. Lo cual supone o demanda el conocimiento de la técnica de elaboración de línea jurisprudencial. Así, la noción de “pesojuridico” de las subreglas se puntualiza objetivamente en el primer

requisito de transparencia eliminando el riesgo de confusión que ofrece la selección analítica de fallos expositores de criterios meramente "convenientes" para los fines del operador judicial, pero insuficientes para los fines constitucionalistas propios del estado social de derecho.

Pues bien en dicho entorno es menester tratar de diferenciar conceptos afines de la temática de estudio recordando a la "línea jurisprudencial" como una idea abstracta, en la que confluyen conceptos como "balance constitucional", reglas de "reiteración", así como "doctrina probable" y "sombra decisional"; con el objeto de indicar la existencia de diversas rutas y valías jurídicas en cuanto al uso de principios y doctrina jurisprudencial vigente que definen en razonamiento jurídico la actividad de los jueces, funcionarios y litigantes interesados en aplicar un derecho jurisprudencial legítimo para solucionar realidades problemáticas.

Junto a "línea jurisprudencial" se encuentra el término "precedente judicial" ya como aquella norma jurídica de carácter general creada por los órganos judiciales en ejercicio de su función jurisdiccional. Pues bien vale la pena reflexionar lo siguiente: siendo el "precedente jurisprudencial" producto de un proceso pseudocientífico donde se trata una realidad problemática como aquella pregunta jurídica que incita al abordaje de "x" línea de jurisprudencial por parte del investigador jurídico, cuales son los rigorismos que describen este procedimiento cuasi científico de crear jurisprudencia? quienes son los facultados constitucionalmente para esta labor y como se verifica por parte de los demás interpretes el perfeccionamiento constitucional de este producto jurisprudencial?.

Dentro de los "escenarios constitucionales", de la jurisprudencia donde se definen e interpretan derechos constitucionales. Existe una tendencia impetrantemente generalizadora

donde se incurre en error al estimar, que quienes ejercen funciones públicas tienen el deber incondicional de aplicar el precedente emanado de los órganos judiciales.

2.4 Legítimo apartamiento del precedente jurisprudencial

2.4.1 Primer paso en la creación de nuevo derecho por parte del juez: construyendo y analizando la línea jurisprudencial como material referencial para la carga transparente como punto de partida de la carga argumentativa.

La revisión bibliográfica y de antecedentes permite reafirmar de manera concluyente el éxito de la elaboración de líneas jurisprudenciales como requisito imprescindible para la hermenéutica de conceptos ante la natural abstracción de la línea jurisprudencial, previo a la labor analítica o interpretativa es menester una selección coherente del material decisonal a través de la aplicación de técnicas de seguimiento selección y graficación de patrones fácticos y criterios jurídicos.

Dentro del sistema de fuentes del derecho destaca por su especial condición el sistema de precedentes como una estrategia conveniente para graficar tanto las soluciones que la jurisprudencia ha dado a los problemas o identificar la tendencia jurídica respecto a diversos tópicos, como para reconocer si nos encontramos ante un patrón factico primigenio o excepcional que bien pueda sustentarse en un apartamiento del precedente

La formación de una línea jurisprudencial no es otra cosa que la organización de la jurisprudencia a partir de una pregunta o problema jurídico bien definido, del cual se extiende un amplio abanico de posibles respuestas; respuestas estas que deben ser decantadas a través de un proceso de tamizaje que pretende identificar el balance constitucional del

tema en estudio; de allí que se conciba a una línea jurisprudencial como material referencial del principio de transparencia y punto de partida de la carga argumentativa, pues solo delimitando la línea jurisprudencial se pueden determinar diversas definiciones jurídicas con evolución y tendencia propia por lo tanto al tratarse de un historial jurídico evolutivo y dinámico se obtiene que la línea jurisprudencial constituye aquel escenario de criterios jurídicos que ofrecen al jurista un lapso operacional abstracto e idóneo del cual puede surgir el soporte, anclaje o fundamento argumentativo de soluciones en derecho para una realidad problemática

En función de su eficacia y simplicidad se observa el trabajo desarrollado por el tratadista colombiano diego Eduardo López Medina en su libro “el derecho de los jueces”, como tesis válida en técnica de formación de líneas de jurisprudencia, es por ello que, partiendo de sus postulados desarrollados en el acápite titulado “análisis dinámico de precedentes”, pertinente resultaría puntualizar en un breve reseña sus principales aportes.

Se encuentra de este modo una tesis que introduce nombres a la tipología de las sentencias imponiendo una adecuada estructuración de la línea exigiendo la identificación de las sentencias hito dentro de una línea jurisprudencial en torno a problemas jurídicos bien definidos, entendidos éstos últimos como “escenarios constitucionales”. Esto implica que las líneas no pueden constituirse por mera afinidad conceptual, sino que es imprescindible, al mismo tiempo, cercanía y relevancia en relación con los patrones fácticos bajo estudio.

Ahora bien, como la jurisprudencia nuestra es copiosa, y no hay definido un mejor método para acopiarlas en torno a la investigación de determinadas líneas y para reducir la complejidad del material a analizar, la técnica propuesta por el tratadista colombiano arriba mencionado describe un análisis del precedente judicial que se auto referencia a sí mismo,

dentro del evolutivo proceso de constitucionalización del derecho común, como un método idóneo de interpretación de la norma superior en conducencia con el objetivo finalísimo de vigorización de nuestro esquema institucional de estado social de derecho a través de la identificación y obediencia de las sub reglas constitucionales subyacentes en el trasfondo de una masa decisional.

Tras un somero análisis de los tres anteriores pasos y su funcionalidad dentro de la labor interpretativa del sistema de normas se obtiene que la piedra angular que sostiene la validez y vigencia de esta técnica se circunscribe a un resultado cuasi científico donde se puede establecer verificablemente la coherencia de los pronunciamientos dentro de una dinámica evolutiva y reseñable e incluso se puede predecir o formular a modo de hipótesis, lo que teóricamente se reconoce como doctrina probable como aquel espacio abierto con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada

Ahora como su nombre lo indica esta doctrina probable no es camisa de fuerza tan solo constituye la señalización de las tendencias decisionales en un ámbito histórico precedente que permiten al intérprete analizar la relación del contexto fenomenológico y la realidad histórica; criterios clave para un apropiado disenso o acatamiento del precedente.

Lo anterior, como quiera que la corte constitucional aceptó que si su precedente adquiere una fuerza vinculante absoluta, se volvería pétreo, estático, se incurriría en el error histórico de la doctrina legal española que acogió la corte suprema en 1886, donde inclusive, no le era posible a dicha corporación variar su precedente por no contar con las facultades reformativas del congreso. por ende, resulta viable apartarse del precedente constitucional cuando el marco factico del precedente no encaja en el caso planteado, o cuando existen elementos en el caso a resolver que no fueron contemplados en el caso que dio paso a la ratio

decidendi y su consecuente precedente, obviando la última causal, a saber, cuando se presenta un tránsito legislativo que, contrario a lo anterior, no entraría a variar el marco fáctico del precedente sino el marco jurídico, la norma en estudio, que obligaría a realizar un nuevo análisis, aclaratorio o complementario.

3. Hacia la senda del precedente

Con el objeto de lograr la contextualización teórica, el punto de partida del presente capítulo aborda un preámbulo sobre principales instituciones y conceptos que intervienen en el surgimiento de la Jurisprudencia en Colombia.

Para dar alcance a lo anterior se han diseñado dos grandes constructos; el primero de ellos abarca la interpretación moderna de los principios de autonomía e independencia en la función judicial y la inmanencia correlacional del principio de seguridad jurídica., y el segundo a su vez introducirá la figura del precedente en Colombia, desde: (a) los rasgos del constitucionalismo actual como la base que enmarca la importancia del precedente y; (b) cómo se relaciona el sistema de precedentes con la justificación de la decisión judicial.

3.1 Instituciones y conceptos que intervienen en el surgimiento de la Jurisprudencia en Colombia.

Si bien, la autonomía e independencia judicial, han de retomarse como principios forjados en el Estado Social de Derecho para ser interpretados conforme a su motivación y compromiso con la realidad. También cabe reflexionar sobre el entendido de que un

principio no es una regla, sino un medio, elemento o instrumento para aplicar la Constitución. Pues a juicio de la autora bien así lo ha explicado Streck, cuando expone:

Un conjunto mínimo de principios (hermenéuticos) para que sean seguidos por el intérprete. Dichos principios, sostenidos en la historicidad de la comprensión y en la sedimentación de esa principiología, solamente se manifiestan cuando puestos en un ámbito de reflexión que es radicalmente práctico – concreto, pues representan un contexto de significaciones históricas compartidas por una determinada comunidad política. La interpretación del derecho solamente tiene sentido si implican un riguroso control judicial de las decisiones judiciales, porque se trata, fundamentalmente, de una cuestión que llega al núcleo de ese nuevo paradigma: la democracia. Y sobre esto parece no haber acuerdo

Ahora bien, observando el sistema de derecho colombiano, la autonomía judicial encuentra como unidad de medida por excelencia la independencia de los jueces y magistrados no solo respecto de instancias superiores sino independencia política, interpretativa y jurisdiccional, esto, porque nace con la finalidad de buscar que los otros órganos de poder no ejerzan presiones indebidas sobre las decisiones de los jueces, no obstante la colaboración armónica que debe existir las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines constitucionales. Y la imparcialidad como “base indiscutible y esencial de la administración de justicia” (Naranjo Meza, 2000, pág. 280)⁶³.

Ahora bien, frente a la autonomía judicial como principio fundante de un Estado Social de Derecho Colombiano, éste encuentra sustento normativo interno e internacional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana cuando la misma establece en

⁶³ NARANJO. Óp. Cit. Pág. 280

sentencia T- 238 de 2011⁶⁴ que, en el ámbito nacional deben destacarse particularmente el artículo 228, según el cual las decisiones de la administración de justicia son independientes y el 230, que señala que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Internacionalmente reforzada desde la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8º establece que “toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente⁶⁵ e imparcial...”.

En esta misma línea, dicha Corporación ha mencionado que el derecho al acceso a la administración de justicia se encuentra directamente relacionado con la independencia e imparcialidad de los operadores judiciales, debido a que solo así se puede garantizar la misión constitucional de administrar justicia conforme a derecho.

La gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, reconocidas y aliviadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia. En suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia⁶⁶.

⁶⁴Colombia, Corte Constitucional. sentencia T- 238-11, primero (1º) de abril de dos mil once (2011). expediente T-2.860.298. M.P: NILSON PINILLA PINILLA.

⁶⁵ La aplicabilidad colombiana de este principio encuentra su fundamento más cercano en la separación de poderes y para ello, distinguen entre la independencia interna y externa de los operadores judiciales. En el primer caso, se observa independencia al interior de la rama judicial, sin detrimento de lo establecido por la jerarquía estructural del proceso impugnativo y en el segundo caso, se hace referencia a la independencia del juez frente a otros órganos y sociedad en general. Tal como, el maestro Azula Camacho ha explicado a Colombia con su teoría general del proceso como dicha independencia debe procurarse en la medida de la colaboración existente entre los poderes en la ejecución de los fines emanados por el Estado Social de derecho consagrado en la Carta Fundamental.

⁶⁶ *Ibidem*.

Bajo esta perspectiva, siguiendo la interpretación de la Corte Constitucional en sentencia 238 de 2011 sobre la Ley Estatutaria de Administración de Justicia menciona que “el artículo 5° de la Ley 270 de 1996 incluyó como uno de los principios de la administración de justicia la autonomía e independencia de la Rama Judicial, se entiende que sobre éstos se hace efectiva la garantía de los ciudadanos de la igualdad ante la ley. En este punto, observa Naranjo que las decisiones de los jueces pertenecen a un campo propio de la ética y la moral en donde “la recta conciencia de un juez es la mejor garantía que tiene la sociedad para su defensa; solo con ella se logra que el inocente sea exonerado y el culpable castigado”⁶⁷.

Ahora bien, si dichos principios intermedian a la hora de llevar a cabo la función judicial, entendida esta como la función de aplicar las normas jurídicas expedidas por los demás órganos del poder público (legislativo y ejecutivo). Duverger (1970)⁶⁸, observa que el radio de acción de dicho principio entrega los siguientes poderes:

1. El poder jurisdiccional de interpretar los textos y tomar decisiones en derecho,
2. El poder de interpretar el derecho en caso de observar textos ambiguos u oscuros para el caso en concreto, ya que en sus términos: “el margen de iniciativa de los jueces en tales circunstancias es, pues, muy grande. Sus decisiones jurisprudenciales contribuyen así a la creación de la doctrina, con lo cual se sobrepasa el límite de la simple interpretación”,
3. El poder de ejecutar lo decidido, y
4. Sus decisiones son definitivas y constituyen cosa juzgada con la cual no se puede discutir nuevamente el litigio en cuestión.

Dado que en Colombia las interpretaciones contemporáneas del valor normativo de la jurisprudencia han determinado el surgimiento de la doctrina constitucional y la doctrina

⁶⁷ NARANJO. Óp. Cit. Pág. 280

⁶⁸ DUVERGER Maurice Institutions politiques et droit constitutionnel. Paris, Francia. Universidad de Francia.

probable. Tal como se comprueba en el art. 4 de la norma superior cuando consagra: “Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es a su vez, norma para interpretar las leyes”⁶⁹. La aplicabilidad de dicho principio de autonomía judicial a la hora de la toma de decisiones judiciales depende en gran medida del respeto por el peso mayor de la seguridad jurídica. Por lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que:

La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente

⁶⁹ En las comillas se puede apreciar como la reforma constitucional del 1991, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, introdujo una serie de cambios institucionales que denotan la consagración propia de un cooperativismo político e institucional entre los principios de separación de poderes y la autonomía de las autoridades judiciales para la toma de sus decisiones. Sin embargo, aún resalta el arraigo que la cultura anterior a la Constitución Política de 1886 todavía es visible en cuanto a la discrecionalidad infundada y alejada de la fuerza normativa de la Constitución que le precede y su entendible resistencia hacia una necesaria evolución en la adjudicación de justicia.

sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley. (...) ⁷⁰.

Por esto, la misma providencia reprocha rotundamente las decisiones judiciales tomadas arbitrariamente por los operadores judiciales en algunas ocasiones tomadas bajo el principio de autonomía judicial y desconociendo la jerarquía normativa propia del sistema jurídico.

Así mismo, Corte señala que “Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional” ⁷¹

La seguridad jurídica emanada de las altas Cortes como corporaciones encargadas de ser intérpretes últimos y unificadores de los conceptos jurisprudenciales se materializa a través el principio de publicidad que procura en la mayor medida posible dar a conocer a la comunidad de manera ordenada el desarrollo de marco normativo.

El principio de publicidad de la actividad judicial, que implica el derecho de acceso de la comunidad en general a sus decisiones, comprende la obligación de las autoridades de motivar sus propios actos. Este deber incluye el de considerar explícita y razonadamente la doctrina judicial que sustenta cada decisión. Esta garantía tiene como objetivo que los sujetos procesales y la comunidad en general tengan certeza, no sólo sobre el texto de la ley y la jurisprudencia, sino que se extiende a asegurar que el ordenamiento está siendo y va a seguir siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme. Sólo de esta forma pueden las personas tener certeza de que la

⁷⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-836-01. Bogotá D.C., agosto nueve (9) de dos mil uno (2001). expediente D-3374. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL

⁷¹ *Ibíd.*

interpretación y aplicación consistente y uniforme del ordenamiento es una garantía jurídicamente protegida y no un mero uso sin valor normativo alguno, y del cual los jueces pueden apartarse cuando lo deseen, sin necesidad de justificar su decisión⁷².

Sin embargo, dicha interpretación restrictiva de la seguridad jurídica en cabeza de las altas Cortes como tribunales de unificación jurisprudencial encuentran como principal elemento contradictor la interpretación sistemática del derecho y la dimensión social en la que se debe procurar adecuar sus contenidos normativos hacia un derecho viviente. Observa la Corte Constitucional en la mencionada sentencia

La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.

Un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se

⁷² *Ibíd.*

había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.

De allí, que la función creadora del juez requiera de un sustento hermenéutico prospectivo en el cual el apartamiento, modificación o adicionamiento a través de una decisión judicial se vea sustentada a través de una contra – argumentación derivada de la autonomía del juez para atender a la realidad social. Dicha concepción encuentra sustento en lo establecido por la Corte cuando esta observa que,

Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo⁷³.

Resulta entonces fundamental compensar esta posición en la cual puede comprenderse la autonomía judicial desde una búsqueda incesante por el progresismo constitucional y la justicia social desde una perspectiva de valoración criteriológica en la cual el juez de menor

⁷³ *Ibíd.*

jerarquía en la ejecución de sus obligaciones constitucionales y bajo la argumentación adecuada son en potencia creadores de derecho.

3.2 La figura del precedente Constitucional en Colombia desde, los rasgos del constitucionalismo actual

La concepción del precedente se encuentra inserta dentro de los modelos constitucionales actuales, es allí donde obtiene su sentido y un rol protagónico dentro del entramado jurídico. Latinoamérica ha sido por tradición un conjunto de ordenamientos formalistas, que sólo con la asunción de las nuevas maneras de entender el derecho, ha logrado desligarse del fetichismo a la ley y ha visto en la jurisprudencia un compañero y aliado.

A continuación, se describen las principales características del constitucionalismo latinoamericano⁷⁴. Pese a que pueden denotarse muchas características, dependiendo del enfoque, grado de abstracción y objeto específico, se resaltan las cinco características que mejor definen este tipo de constitucionalismo. Estas características son: la rigidez constitucional y sus implicaciones generales, la importancia de los derechos sociales, la falta de seguridad en lo que dice la Constitución, la constitucionalización del derecho, y la tensión democrática derivada del activismo judicial.

⁷⁴ “Dentro de las principales características que transversalizan los distintos procesos de renovación constitucional que se han realizado en América Latina, fundamentalmente durante las últimas dos décadas, se encuentra el hecho de que se trata de un constitucionalismo aspiracional.” “Este tipo de constitucionalismo articula las nociones de constitución y progreso; prospera sobre todo en situaciones en las cuales existe una gran inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor.” Mauricio García Villegas.

3.2.1 Constitución rígida

A diferencia del constitucionalismo inglés, el constitucionalismo latinoamericano se caracteriza por tener Constituciones rígidas. Una Constitución rígida es, por lo general, una Constitución escrita para cuya modificación se han establecido procedimientos más o menos rigurosos (Alexy, 2004)⁷⁵. Lo cual garantiza cierto grado de estabilidad y de permanencia. Por ello se genera una mediana certidumbre de las normas directamente estatuidas y un conocimiento de lo dispuesto. La rigidez de la Constitución se complementa con su máxima validez jerárquica. Lo cual indica, de manera simple, que las demás disposiciones del ordenamiento jurídico derivan su validez de ella y están sometidas al respeto a los requisitos formales y sustanciales que disponga el texto fundamental. Por tanto, la materialización del derecho implica que las regulaciones jurídicas que integran el ordenamiento deben respeto sustancial a las disposiciones de la carta; los principios jurídicos ostentan normatividad (Bernal Pulido, 2009)⁷⁶.

Estas disposiciones jurídicas de la Constitución también se caracterizan por la indeterminación de su objeto. Lo cual es óbice para múltiples debates jurídicos, acerca de lo que las normas constitucionales permiten, ordenan o prohíben. Los problemas jurídicos que giran en torno a lo que dicen las normas constitucionales en la mayoría de las veces se resuelven por un criterio de autoridad: El de los tribunales o Cortes Constitucionales, como órganos encargados de esa labor. Actualmente, los conflictos jurídicos más sobresalientes se generan entre la institución judicial que salvaguarda la Constitución y el órgano legislativo. Se ha hablado de gobierno de los jueces: además del papel integrador y supletorio de las

⁷⁵ ALEXY, Robert, “Teoría del Discurso y los Derechos Humanos”. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.

⁷⁶ BERNAL, Carlos. “El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho”. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009.

deficiencias en la aplicación de la ley, por las limitantes que se han establecido a los márgenes de acción del legislativo. La rama judicial ha invadido la órbita de decisión del legislativo de diversas formas: mediante la creación judicial de derecho y la invalidación de normas. Podríamos hablar de un desvanecimiento de los límites funcionales de los clásicos poderes.

3.2.2 La importancia de los derechos sociales

En Latinoamérica el principal objetivo del constitucionalismo es “colocar los derechos sociales en el centro del proyecto político y económico en sociedades altamente disfuncionales; diseñar las instituciones y los procedimientos democráticos requeridos para realizar los derechos humanos en su integridad”. Esta situación, devenida de la concepción de ciudadano necesitado descrita en párrafos anteriores.

La tendencia constitucionalizadora de la adjudicación del derecho debe contemplar fenomenología muy determinada en cuanto a la consecución de fines, en este sentido es pertinente rescatar las observaciones que explica Rodolfo Arango Rivadeneira al señalar que; si bien en el constitucionalismo europeo los derechos sociales ostentan su consagración principal en el nivel legislativo. Son raras las veces que existe una consagración constitucional. Mientras que en el cono sur sucede de modo inverso. “Los derechos sociales encuentran su consagración especial en el nivel constitucional, no obstante, su desarrollo legislativo es precario o inexistente”. Así a juicio de esta autora, muy pertinente resulta . Arango a la hora de explicar porque este tipo de derechos ocupa un lugar central para la jurisprudencia en Latinoamérica, pues sin su reconocimiento por parte de los jueces constitucionales, sistemas como el de Colombia, Brasil, Argentina o Ecuador se exponen al

detrimento del estado democrático de derecho como lo prevenía Bockenforde (Arango, pág. 6)⁷⁷.

Así pues, en el constitucionalismo europeo el reconocimiento constitucional de derechos sociales es minimalista, y la función judicial se ve limitada a la garantía de los derechos sociales reconocidos en la ley, en las sociedades no bien organizadas existe amplio reconocimiento de los derechos sociales y una amplia competencias y facultades de los jueces constitucionales. Las Cortes o Tribunales Constitucionales intervienen ampliamente para el reconocimiento y garantía de los derechos sociales. La jurisdicción constitucional se ha entendido como la entidad encarga de suplir las deficiencias y desviaciones del poder legislativo.

3.2.3 Seguridad jurídica maleable

Otra de las características importantes del constitucionalismo latinoamericano es que no se tiene claro lo que dicen sus disposiciones, o, en otras palabras, en Latinoamérica no se sabe bien que es lo que dice la Constitución. Las formulaciones jurídicas mediante las cuales la Constitución manda, prohíbe o permite, son caracterizadas por su alto grado de abstracción, el cual, a su vez, es eslabón esencial para conllevar al aumento de ambigüedad e indeterminación. No obstante, podría decirse, que en algunos casos es fácil establecer lo que la Constitución manda, prohíbe o permite. Una persona medianamente racional, en algunos casos, puede establecer cuál es el carácter y el contenido de las formulaciones jurídicas. Esto, además, es un mínimo racional de comportamiento y de toma de decisiones.

⁷⁷ ARANGO, Rodolfo. "CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINOAMERICANO" Revista Biblioteca Jridica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pág. 6. Disponible en: <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Constitucionalismo-social-latinoamericano.pdf>

Así también, utilizando la concepción del hombre medianamente racional, en ocasiones es fácil establecer aquello que la Constitución no manda, prohíbe o permite. Empero, el principal inconveniente en este estadio se presenta cuando no es fácil establecer que es lo que la Constitución manda, prohíbe o permite.

Así pues, se considera adecuada la visión tripartita de la Constitución⁷⁸, según la cual: hay cosas que la Constitución dice, hay cosas que la Constitución no dice, y hay otras que no se sabe si dice. En primer lugar, cuando la Constitución dice algo es posible extraer de los postulados constitucionales cierto mensaje, un tal o cual enunciado; es decir, que la Constitución manda, prohíbe o permite algo. Por ejemplo, es posible extraer del artículo 29 de la Constitución Colombiana un derecho fundamental al debido proceso, y ciertas subreglas mediante las cuales se puede especificar. En segundo lugar, hay cosas respecto de las cuales la Constitución no dice nada, no es posible establecer que la Constitución manda, prohíbe o permite algo. Por ejemplo, la forma como deben comportarse en la mesa las personas. En tercer lugar, hay cosas respecto de las cuales no se sabe si la Constitución dice o no dice algo, si es posible afirmar que la Constitución manda, prohíbe o permite determinada cosa. Por ejemplo, si es posible el matrimonio de las parejas del mismo sexo, o si estas pueden ser consideradas como familia.

En ocasiones, se ha tratado de pasar por alto la anterior visión y establecer una regulación potencializada de las formulaciones jurídicas o una regulación minimalista de éstas. En el primer caso, se llega a pensar que las formulaciones jurídicas constitucionales ostentan la capacidad de regular todas las relaciones que le importan al derecho, así pues, se habla, por

⁷⁸ BERNAL. Óp. Cit. Pág. 14.

ejemplo, de orden fundamental, de huevo jurídico originario⁷⁹, o de la imposibilidad de establecer un modelo geográfico que delimite las áreas de la Constitución de las demás regulaciones jurídicas⁸⁰. Lo cual conlleva a una supraconstitucionalización. En contrapartida de lo anterior, está la óptica según la cual la Constitución debe regular el menor número de asuntos posibles, o que la Constitución no ostenta fuerza normativa, así pues, se habla, por ejemplo, de un orden marco, de que la Constitución no otorga ninguna directriz regulativa, o de supremacía de la regulación jurídica. Un demasiado poco en la regulación jurídica. Lo cual, conlleva una infraconstitucionalización.

Los problemas del demasiado mucho y del demasiado poco (Alexy, 2002)⁸¹ se han tratado de resolver mediante concepciones tales como la autonomía del legislador o los márgenes de acción. Bajo esta óptica las formulaciones constitucionales regulan ciertos espacios según se entiendan sus preceptos en sentido natural, según el alcance que de éstos puedan extraer personas racionales. En ocasiones la Constitución ordena ordenar, ordena prohibir, ordena permitir, prohíbe prohibir, prohíbe ordenar, prohíbe permitir, permite ordenar, permite prohibir y permite permitir. El legislador ostenta autonomía o márgenes de acción en aquellos espacios en los cuales no existen mandatos o prohibiciones, sino que existe permisión expresa o tácita para que regule de determinada forma. La permisión puede ser amplia o restringida a ciertos márgenes. Libertad que recae sobre la fijación de fines, medios o de ponderación (Alexy, 2002, pág. 16)⁸².

⁷⁹ ALEXY. Óp. Cit. Pág. 5.

⁸⁰ *Ibíd.* Pág. 3.

⁸¹ ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Impreso en Solana e hijos, A.G., S.A. Madrid. 2002.

⁸² *Ibíd.* Pág. 16

3.2.4 Constitucionalización del derecho

El anterior fenómeno de indeterminación normativa ha llevado, junto con otras causas, a un proceso de constitucionalización del derecho en Latinoamérica. La primera aclaración que desea efectuarse en este aparte es que la constitucionalización del derecho se entiende como un proceso. Dicho proceso puede tener como vehículos de desarrollo la legislación, las sentencias judiciales, la conducta de los juristas y los desarrollos académicos.

La constitucionalización se muestra como una entidad dinámica en contraposición a una entidad estática, no puede decirse simplemente que un ordenamiento jurídico está o no constitucionalizado, un ordenamiento jurídico puede constitucionalizarse en diferentes grados. De hecho, en los ordenamientos jurídicos latinos que se han estado constitucionalizados puede notarse que el proceso de avance ha sido en diversos grados y con distintas características. Los puntos de partida y de llegada del ordenamiento que se constitucionalizan no son los mismos, pueden darse casos en los cuales se parte de ordenamientos jurídicos más constitucionalizados que otros, y casos en los cuales el ordenamiento se halla constitucionalizado menos que en otros. Difícilmente se puede decir que dos ordenamientos jurídicos que se constitucionalizan arranquen y finalicen en el mismo punto.

Bajo esta óptica puede comprenderse que no es del todo precisa la afirmación de que un ordenamiento jurídico esta constitucionalizado o no. Tal afirmación debe complementarse con la calificación del grado, bien sea mediante una escala cualitativa o cuantitativa. No obstante, no se pueda pedir precisión geométrica.

Además de ello hay que entender que como proceso puede avanzar y retroceder; y que el avance y el retroceso son distintos en los diferentes ámbitos. Así pues, se entiende que el

proceso de constitucionalización en un futuro implique su retroceso, una vuelta al legalismo, o que en el ámbito comercial los efectos de la constitucionalización del derecho impliquen el retroceso actual, por lo incompatible del proceso con la naturaleza de ese ámbito y la necesaria libertad y estabilidad requerida.

Se ha dado el caso de ordenamientos jurídicos constitucionalizados preferentemente por vía legislativa y otros constitucionalizados preferentemente por vía judicial (Villegas, 2012)⁸³. Los vehículos más importantes por los cuales se ha constitucionalizado los ordenamientos jurídicos son el judicial o el legislativo⁸⁴. Empero ello no implica que sean los únicos mecanismos para constitucionalizar el ordenamiento jurídico. Pues, pueden ser utilizados otros vehículos para constitucionalizar el derecho, así pues, puede hablarse de una constitucionalización vía académica o vía práctica⁸⁵. Se trata de una constitucionalización vía académica cuando el proceso tiene como vehículo la enseñanza del derecho, la forma como se estudia, los desarrollos teóricos, los congresos, seminarios, libros y artículos publicados sobre el tema. Por su parte, se entiende la constitucionalización desde una perspectiva práctica cuando la constitucionalización es utilizada desde el punto de vista del abogado litigante; cuando en los litigios se plantean argumentos de orbe constitucional bien sea como fundamento de las pretensiones o por vía de excepción.

⁸³ VILLEGAS, Mauricio. "Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina". Análisis político N° 75, Bogotá, mayo – agosto, 2012, págs. 89-110.

⁸⁴ Ejemplo del ordenamiento constitucionalizado preferentemente por vía judicial es el del caso colombiano, y ejemplo del constitucionalizado por vía legislativa puede ser Venezuela. "En Colombia, a falta de partidos fuertes, con un sistema político muy inclinado hacia la derecha (en buena parte por la existencia de las guerrillas) y con una participación popular débil, era muy difícil que la Constitución de 1991 pudiera ser desarrollada a través del órgano legislativo o del poder ejecutivo.... En el caso de Venezuela, en cambio, el modelo se apoya esencialmente en las mayorías políticas encausadas no a través de los partidos sino a través del presidente Chávez; son ellas las que, a través de sus representantes y de su participación directa y con fundamento en lo dispuesto por la Constitución de 1999 (sobre todo el Preámbulo, el artículo 5 y las disposiciones del título V) llevan a cabo lo esencial de los postulados constitucionales.³⁰ Estas atribuciones tienen origen en la Revolución Bolivariana, liderada por Hugo Chávez Frías a partir de las elecciones que lo llevaron al poder en 1999". *Ibidem*.

⁸⁵ En este punto se utiliza la expresión práctica en un sentido impropio. No quiere negarse que otras actividades distintas a la del abogado litigante sean prácticas.

3.2.5 Tensión democrática

El constitucionalismo latinoamericano presenta una tensión entre el principio democrático y el modelo del estado social de derecho. Se parte de la desconfianza del legislador. Pues en principio el encargado del desarrollo de los derechos sociales es el órgano legislativo, que ante su ineficacia y difícil toma decisiones y diseñar un modelo de desarrollo social presenta a la jurisdicción constitucional. La defensa de la democracia puede significar el sacrificio del principio del estado social. Esto es especialmente cierto cuando los congresos o parlamentos están cooptados por grupos y sectores que desatienden sistemáticamente los principios constitucionales⁸⁶.

3.3 La Importancia del Precedente

La Corte Constitucional⁸⁷ al afirmar que el precedente (t-292/06) de su propia jurisprudencia constituye una fuente formal de derecho, y resulta vinculante conforme al artículo 241 de la carta, ha legitimado acertadamente la importancia y autoridad de sus pronunciamientos a través de la figura del precedente; como quiera que desde una verificación orgánica esto se evidencia en la categorización que la constituyente de nuestra carta magna dispuso para la Corte Constitucional definiéndola como máximo tribunal en lo constitucional e intérprete por excelencia del texto superior.

⁸⁶ Lo anterior puede complementarse con: Alston Philip Forewoed. Social rights jurisprudence. Emerging Trends in international comparative law, Cambridge, 2008. Courtis Christian y Avila Santamera, Ramiro, La protección judicial de los derechos Sociales, Quito, ministerio de justicia y de derechos humanos. 2009.

⁸⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-292-06. seis (6) de abril de dos mil seis (2006). expediente T-1222275. M.P: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

La obligatoriedad del precedente implica, usualmente, una interpretación constitucional que ha trascendido el ámbito meramente académico para mimetizarse a la aplicación del derecho, esta evolución se da bajo el ambiente del progresismo constitucional fraguado desde la implementación de una dinámica mixta idónea para las alternativas disponibles dentro de nuestro sistema de fuentes, donde se incluye la fuerza vinculante del derecho jurisprudencial y a la par se justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, modificarle o adicionarle.

(Nuevo escenario este que garantiza una perfecta interacción protocolaria entre el principio de seguridad jurídica a través de la figura del control difuso de constitucionalidad, el sistema de precedentes como fuente del derecho y la autonomía institucional de la función judicial, C.P. art. 228).

3.4 El Precedente y su Relación con la Función Judicial

Como consecuencia del reciente proceso evolutivo de nuestro sistema jurídico, es frecuente hallar confusiones problemáticas en torno a la interpretación del derecho, planteándose como génesis problemática diversos criterios ofrecidos por un sistema de fuentes alternativista oferente de una dinámica bilateral que se desempeña en dos escenarios como lo son las normas positivamente codificadas y el derecho jurisprudencial, lo cual imprime un plus de complejidad a la labor cernidora de las fuentes sistémicas y de los criterios no solamente dominantes sino pertinentes.

Por esta razón, en Colombia la dinámica del derecho contemporánea problematiza la realidad desde su génesis fenomenológica en un enrutamiento hacia el despeje de su raíz constitucional así, el derecho vigente y aplicable será extraído de precedentes judiciales

anteriores; Constituyéndose estos como la norma controlante del caso, este escenario jurídico demanda del jurista cada vez con mayor ahínco, una hermenéutica de derecho jurisprudencial donde juzgadores e intérpretes recorren las distintas técnicas (ilegítimas, legítimas y circunstancialmente legítimas) de interpretación de precedentes, bajo el epígrafe “derecho viviente”.

Para el manejo de este nuevo derecho se han delineado desde la doctrina jurídica, esquemas y parámetros interpretativos con la intención manifiesta de facilitar el mejor entendimiento de los contornos propios del sistema de precedentes, en especial, pensando en la carga argumentativa impuesta desde la norma superior para el discurso jurídico vigente donde explícitamente tratándose del operador judicial se traduce en “justificaciones suficientes y adecuadas”.

Así, del mismo modo en que el creyente profesa y practica su fé con fundamento en la interpretación de la doctrina patrística, en el ámbito organizado y jerarquizado del derecho el jurista, en cualquiera de sus funciones, debe tener una teoría coherente de la interpretación constitucional que le permita identificar los argumentos jurídicos con los cuales se explica el sistema normativo en guarda relacional con un sistema de fuentes de derecho. Esto último no implica cosa distinta a una comprensión sistemática de la teoría jurídica a partir de la evolución suscitada por la reforma constitucional del 91 sobre nuestro sistema jurídico.

Si bien la aplicación directa de principios constitucionales abre nuevas perspectivas de resolución de conflictos jurídicos, ello constituye una desafiante responsabilidad hermenéutica que, en función de la eficacia del derecho y la seguridad jurídica, debe superar barreras propias de los distintos modos operacionales del razonamiento. Por ello las reglas constitucionales de origen jurisprudencial demandan un tratamiento de especial cuidado por

cuanto deben ser abordadas como subreglas cuya naturaleza es producto de diversos escenarios fácticos y momentos históricos, razón por la cual indispensable se torna clasificar aquellas subreglas según su vigencia, su fuerza y su pertinencia con el objeto de determinar un régimen único de su valor dentro de la jurisprudencia.

La justificación de la decisión judicial: Los debates en torno al precedente en Colombia pueden ser mejor entendidos si se toma en cuenta que desde una perspectiva argumentativa, son debates acerca de la función y los límites de la justificación judicial. Así las cosas, se constituyen en debates acerca de las premisas jurídicas y fácticas, y como ellas influyen en la decisión del juez.

En este aparte se revisan tres temas: la necesidad de justificar la decisión judicial, la justificación interna y externa, y la finalidad de la justificación.

3.4.1 La justificación de las decisiones judiciales

Actualmente resulta tópica la necesidad de justificar las decisiones judiciales. Se considera que siempre el juez debe motivar sus decisiones. La fundamentación es un componente de la legitimidad judicial.

Sin embargo, esta exigencia no ha estado presente siempre en los ordenamientos jurídicos. Ha sido parte de un devenir histórico. Pese a que en el derecho romano se hacía necesario justificar las decisiones judiciales, a inicios del siglo XIX existió un cuerpo jurídico muy famoso que prohibía expresamente la motivación e las decisiones judiciales. La Novísima Recopilación, promulgada por Real Cédula de 15 de julio de 1805,

expresamente prohíbe motivar las sentencias: “Cese la práctica de motivar las sentencias, y extenderlas en latín”⁸⁸.

Esta prohibición de motivar las sentencias tenía tres objetivos principales. El primero era el de evitar las cavilaciones de las partes en torno a la solución del litigio; ello impedía que las partes cuestionaran la decisión y argumentaran por una decisión diferente. El segundo objetivo era relativo al tiempo que se ahorraba en la toma de decisiones judiciales; sino se hacía necesario motivar las decisiones judiciales el tiempo de toma de decisiones se reducía ostensiblemente. El tercero refiere a que la prohibición de motivar las decisiones judiciales reduciría el valor de las costas del proceso.

No obstante, lo anterior, y ante las nuevas exigencias de la posmodernidad, de democracia y burocracia, y donde se busca la cohesión social, las constituciones del siglo XXI exigen directamente la necesidad de motivar las decisiones judiciales. Ello, como se manifestó es una forma de legitimidad de la función judicial, como mecanismo de estabilidad y estrategia para evitar la discrecionalidad judicial acentuando el principio de legalidad y constitucionalidad.⁸⁹

⁸⁸ En esta ley se recoge la Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1778 que en su capítulo 5 dice: “Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar á cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen á ser un resumen del proceso, y las costas que á las partes se siguen; mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose á las palabras decisorias, como se observa en el mi Consejo, y en la mayor parte de los Tribunales del reino”.

⁸⁹ El principio de necesidad de motivación judicial se encuentra positivizado en la Constitución Colombiana de 1991, Española de 1978 se indica, en su artículo 120, el Código Penal Alemán, en su artículo 34, exige que el juez suministre las razones que respaldan sus decisiones.

3.4.2 La Justificación interna y externa

Generalmente se distingue entre justificación interna y justificación externa, según se trate de justificar el paso de las premisas a la conclusión o de justificar las premisas mismas (Wróblewski, 2003)⁹⁰.

La forma más simple de la justificación interna está representada por la aplicación silogística. Para el caso de la lógica de predicados, se ostenta la siguiente estructura:

- 1) $(x) (Hx \rightarrow OCx)$
- 2) Ha
- 3) Oca

En la anterior representación x significa una variable individual, H un supuesto de hecho determinado, C una consecuencia jurídica determinada, y a una constante de individuo. De manera simplista se dice que el enunciado representado en 1) significa una norma de carácter general que es aplicable a todos los sujetos representados por x. El enunciado 2) es una descripción fáctica según la cual el sujeto a ha ejecutado la acción descrita por H. El enunciado 3) significa la decisión o la consecuencia jurídica que se produce respecto de a por haber cumplido el supuesto fáctico 2). En otras palabras: 1) Es la premisa mayor, 2) la premisa menor, y 3) la conclusión.

“Las reglas de justificación interna están sujetas al requisito de que toda decisión jurídica se debe deducir lógicamente de una norma universal” (Feteris, 2007)⁹¹. Tal afirmación de apología a la deducción jurídica, se basa en el requisito de justicia formal en que se apoya el principio de universalidad. La justificación interna garantiza cierto grado de racionalidad en

⁹⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy: “Justificación de las decisiones jurídicas”, en Sentido y hecho en el derecho, Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Distribuciones Fontamara, 2003. págs.. 51 y ss.

⁹¹ FETERIS, Eveline. “Fundamentos de la argumentación Jurídica: revisión de las teorías”. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2007. p, 167.

la toma de decisiones jurídicas. Una decisión judicial, bajo esta óptica, es racional si se basa en premisas adecuadas, jurídica y factualmente hablando, si se deduce lógicamente de ellas. No obstante, se hace necesario complementar tal racionalidad con la racionalidad de las premisas. Pues, que la decisión judicial pueda sustraerse de manera adecuada de las premisas, no implica que las premisas estén justificadas.

La justificación externa refiere a la justificación de las premisas de la justificación interna. Aquí no se trata de justificar como correcto el paso de las premisas a la conclusión, sino de justificar las premisas en las cuales se basó la conclusión. Es decir, en los ejemplos signados se referiría a la justificación de $(x) (Hx \rightarrow OCx)$ y Ha .

Como fácilmente se ve: la justificación de las dos premisas es de naturaleza diferente, la primera refiere a una regla jurídica válida y la segunda refiere a la justificación de una circunstancia factual. La primera es de derecho y la segunda de hecho.

La justificación externa de la premisa jurídica tiene por finalidad mostrar que existe una regla jurídicamente válida que regula el caso. Consiste en justificar racionalmente el criterio de racionalidad de la justificación interna. La forma de justificar tal cosa se hace mediante la demostración de los criterios de validez de la premisa mayor. Se ha de demostrar que la premisa mayor en la toma de la decisión judicial corresponde a una norma válida dentro del ordenamiento jurídico. Por su parte, la justificación externa de la premisa fáctica refiere a la necesidad que tiene el juez de basarse en hechos realmente demostrados en el proceso, a la construcción probatoria de conformidad con las reglas procesales y materiales de recopilación de información procesal.

Un gran número de problemas judiciales, de los litigios que llevan a posiciones extremas y contradictorias a las partes, no se dan tanto en el hecho de que existan problemas en la

justificación interna de las decisiones judiciales, sino, más bien, se debe a problemas de las premisas jurídicas utilizadas. Las partes y el juez pueden utilizar diferentes premisas jurídicas para regular un caso. Puede decirse que “los problemas principales de la justificación legal están ligados a la justificación externa”⁹². El problema de la justificación interna es trivial⁹³. “El problema central de la interpretación jurídica es la elección de las premisas y su contenido” (Feteris, 2007, pág. 194)⁹⁴.

3.4.3 Las finalidades de la motivación

Son tres las principales finalidades de la motivación de las decisiones judiciales. La primera refiere a la finalidad de control por los jueces de segunda instancias (Aarnio, 1991)⁹⁵. La justificación de la decisión judicial permite que los jueces de superior jerarquía revisen los constructos argumentativos de los jueces de instancia para determinar la validez y corrección de la decisión del primer juez. Una decisión motivada es una decisión que puede revisarse.

La segunda refiere a la función de racionalidad. Se entiende que entre mejor este fundamentada una decisión es más racional. La racionalidad se ve como sucedánea de la objetividad. Luego permite la motivación reducir la toma de decisiones irracionales o discrecionales.

La tercera refiere a la función de legitimación de la decisión judicial frente a distintos tipos de foros o auditorios: las partes del litigio, la doctrina y la opinión pública. La

⁹² Según Aarnio “los problemas principales de la justificación legal están ligados a la justificación externa”. AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p, 120.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ FETERIS. *Óp. Cit.* p, 194.

⁹⁵ AARNIO, Aulis. de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1991, p, 120.

motivación de la decisión judicial explica a las partes del litigio porque las pretensiones fueron concedidas o denegadas. El juez quiere que sus sentencias sean revisadas, el prestigio judicial juega un papel muy importante en los fallos judiciales, sobre todo, en los de las altas Cortes. Además, el juez quiere ser conocido como un buen juez, ningún juez quiere ser famoso por su incompetencia y desconocimiento jurídico, luego la motivación constituye una fuente de legitimación ante la opinión pública general.

4. Objeciones y límites que enmarca la disciplina de precedentes

La finalidad del presente capítulo es la de analizar los aspectos centrales acerca de la función del precedente que en muchas ocasiones son pasados en silencio pero que se hacen necesarios para reflexionar sobre el grado de obligatoriedad de la jurisprudencia, su función, límites y principales problemas cognitivos.

Para cumplir con lo anterior se desarrollarán dos temas, el primero de ellos desde dos pasos: (a) presenta un abordaje analítico -reflexivo de las objeciones que genéricamente emergen en torno a la implementación, que hacen los jueces ordinarios, del sistema de precedentes y (b) alude a la revisión del actual catálogo de caracteres con los cuales se clasifican los distintos tipos de sentencias emanadas por la Corte Constitucional Colombiana, con el fin de lograr la determinación individual de las principales tipologías según su valor y grado de obligatoriedad hacen posible la adición/modificación del precedente constitucional; finalmente los límites concretos de la adición y modificación del precedente constitucional en la creación de sub reglas jurisprudenciales por parte de los jueces ordinarios.

4.1 Objeciones genéricas al sistema de precedentes en Colombia: función del precedente y sus límites dentro del discurso argumentativo jurisdiccional.

1. Estandarización generalizada de la vinculatoriedad y obligatoriedad: Según García y Pérez, la Corte Constitucional ha reconocido que si su precedente adquiere una fuerza vinculante absoluta; “se fosilizaría y se incurriría en el error histórico de la doctrina legal española que acogió la Corte Suprema en 1886, donde inclusive, no le era posible a dicha corporación variar su precedente por no contar con las facultades reformativas del congreso. por ende, resulta viable apartarse del precedente constitucional cuando el marco factico del precedente no encaja en el caso planteado, o cuando existen elementos en el caso a resolver que no fueron contemplados en el caso que dio paso a la *ratio decidendi* y su consecuente precedente, obviando la última causal, a saber, cuando se presenta un tránsito legislativo que, contrario a lo anterior, no entraría a variar el marco fáctico del precedente sino el marco jurídico, la norma en estudio, que obligaría a realizar un nuevo análisis, aclaratorio o complementario” (2015)⁹⁶.

Pues bien, dentro de los “escenarios constitucionales”, de la jurisprudencia donde se definen e interpretan derechos constitucionales. Existe una tendencia impetramente generalizadora donde se incurre en error al estimar, que quienes ejercen funciones públicas tienen el deber incondicional de aplicar el precedente emanado de los órganos judiciales, así

⁹⁶ GARCÍA VARGAS, Kristell, Karen y PÉREZ FUENTES, Carlos Alfredo. “La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia”, en: Revista Academia & Derecho, Año 6. N° 10 Enero-Julio 2015. ISSN 2215-8944. Pág. 245

como también existe la tendencia generalizadora de subestimar⁹⁷ la vinculatoriedad del precedente dependiendo o no a cuál Corte pertenece.

2. Un sistema plural de Cortes de cierre que exige algún nivel de cooperación interinstitucional: La Corte Constitucional ha avanzado decisivamente en el esfuerzo de tener un sistema de derecho constitucional donde el precedente vinculante sea definitivo. Igual invitación se ha hecho desde la Constitución a las Cortes de cierre de otras jurisdicciones.

La Corte Constitucional por tanto tiene ya una sólida doctrina de precedente de iure y sus prácticas argumentativas muestran algún avance significativo, aunque menor del esperable en la utilización del precedente de facto. Recientemente se abre la pregunta de si la doctrina de precedente de iure es igual de aplicable a la jurisdicción común. La respuesta del intérprete de la Constitución es positiva. Aunque falta por ver si la Corte Suprema de Justicia y el Concejo de Estado muestran hacia el futuro el mismo convencimiento en relación a la doctrina del precedente en sus prácticas decisionales concretas⁹⁸.

Existen bajos niveles de atención y sensibilidad en las jurisprudencias de las otras cortes la doctrina del derecho viviente promete deferencia, pero exige mayor nivel de constitucionalización de la interpretación legal realizada por los jueces y la Administración pública.

Por su parte, el Concejo de Estado se muestra más atento que la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional al trabajo de las otras Cortes de cierre; así frente a la lucha por

⁹⁷ Esto partiendo del sentido constitucionalista que concibe un valor y tratamiento unificado para toda la jurisprudencia nacional, donde, la jurisprudencia de las altas Cortes han de valorarse como precedente horizontal o vertical según lo dictamine su relación directa con el principio de igualdad. (Lopez D. Pag.75 y Sgtes.)

⁹⁸ Sobre la doctrina del precedente ver: Corte Constitucional: Sentencias. C-836 de 2001. C-539 de 2011. C- 621 de 2015

interpretar las incomprensiones jurisprudenciales entre altas Cortes cabría explorar formas más enfáticas de cooperación.

4.2 La disciplina jurisprudencial y los tipos de sentencias emitidas por la Corte Constitucional

En el ámbito organizado y jerarquizado del derecho el jurista, en cualquiera de sus funciones, debe tener una teoría coherente de la interpretación constitucional que le permita identificar los argumentos jurídicos con los cuales se explica el sistema normativo en guarda relacional con un sistema de fuentes de derecho. Esto último no implica cosa distinta a una comprensión sistemática de la teoría jurídica a partir de la evolución suscitada por la reforma constitucional del 91 sobre nuestro sistema jurídico.

Si bien la aplicación directa de principios constitucionales abre nuevas perspectivas de resolución de conflictos jurídicos, ello constituye una desafiante responsabilidad hermenéutica que, en función de la eficacia del derecho y la seguridad jurídica, debe superar barreras propias de los distintos modos operacionales del razonamiento. Por ello las reglas constitucionales de origen jurisprudencial demandan un tratamiento de especial cuidado por cuanto deben ser abordadas como sub-reglas cuya naturaleza es producto de diversos escenarios fácticos y momentos históricos.

Caracterizar la tipología de sentencias es, para el intérprete de la Constitución, un recurso de obligatoria ejecución, pues su misión esencial es identificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las decisiones, encontrando en las técnicas de análisis “dinámico y estático de la línea jurisprudencial”, la comprensión utilitaria del sistema de precedentes y el cumplimiento de jueces y funcionarios enfrentados a la obligación de

justificar adecuadamente sus providencias cuando deciden apartarse o modificar la jurisprudencia constitucional.

Dentro del sistema de fuentes del derecho destaca por su especial condición el sistema de precedentes como una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado a los problemas o identificar la tendencia jurídica⁹⁹ respecto a diversos tópicos, así como también para reconocer si nos encontramos ante un patrón factico primigenio o excepcional que bien pueda sustentarse en un apartamiento del precedente.

El respeto por el precedente ha exigido que la Corte constitucional desarrolle mecanismos de disciplina jurisprudencial mediante los cuales se revoquen las sentencias adoptadas por los jueces inferiores en contravía de la fuerza inercial de los precedentes sin cumplir con la carga argumentativa que ello requiere, en la sentencia T-123 /95 la Corte Constitucional, reconoce que la violación del precedente afecta los derechos fundamentales pero piensa que a través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la constitución. Con ello la disciplina jurisprudencial en la jurisdicción común queda encargada a la misma alta Corte a través de los recursos que debe conocer para tal efecto.

Luego de esta sentencia del 95 La Corte Constitucional se preocupa como es natural del respeto a sus propios precedentes y no tanto a los precedentes pronunciados por las otras altas Cortes. Con este propósito en mente empiezan a aparecer dos mecanismos de disciplina jurisprudenciales básicos.

⁹⁹ Tengas en cuenta que la doctrina probable no es camisa de fuerza tan solo constituye la señalización de las tendencias decisionales en un ámbito histórico precedente que permiten al intérprete Analizar la relación del contexto fenomenológico y la realidad histórica; criterios clave para un apropiado disenso o acatamiento del precedente.

En el primero de ellos, La Corte Constitucional frecuentemente informa en sus sentencias de revisión las decisiones tomadas por los jueces de tutela cuando estas vulneran la doctrina constitucional; esta vía de control jurisprudencial termina siendo altamente dominante, especialmente cuando la Corte empieza a expedir las llamadas sentencias de reiteración en las que el propósito es usualmente corregir el desconocimiento de su doctrina por parte de los jueces inferiores.

Y en el segundo mecanismo, aunque con mucha menor frecuencia empiezan a aparecer en la jurisprudencia, acciones de tutela contra tutelas ya falladas en las que se viola su doctrina constitucional establecida. se trata como es evidente de tutela contra providencias judiciales en las que se constituye una vía de hecho por violación al derecho fundamental a la igualdad.

Aunque esta forma de control jurisprudencial es mucho menos importante que el efectuado a través de sentencias de revisión, es evidente que en su momento le daba algún momento de doctrina y en cuyo caso no había sido seleccionada para la revisión en primer lugar. Insistencia al litigante que consideraba que había violación injustificada de la

El desarrollo reciente en este tema ha sido, la prohibición de tutela contra tutela (SU-1219/01; según la cual el peso de la disciplina jurisprudencial queda puesto exclusivamente sobre el mecanismo de la revisión: el mecanismo constitucional diseñado para controlar las sentencias de tutela de los jueces constitucionales que conocen y deciden sobre las acciones de tutela por decisión del propio constituyente es el de la Corte Constitucional.

Esta revelación no solo busca unificar la interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales sino exigir a la Corte constitucional como máximo tribunal de

derechos constitucional y órgano de cierre de controversias en cuanto al alcance de los mismos.

Además, excluye la posibilidad de impugnar las sentencias tutela mediante una nueva acción de tutela bajo la modalidad de presuntas vías de hechos porque la Corte Constitucional ha decidido directamente las etapas básicas del procedimiento de tutela y previó que los errores es de los jueces de instancia e inclusive su interpretación de los derechos fundamentales fueran conocidos y corregidos por un órgano creado por la Corte Constitucional y por un medio establecido también por él, (La revisión).

La protección del precedente constitucional se realiza esencialmente como hemos visto por la vía de la revisión de tutela: -Aunque La revisión de acatamiento del precedente constitucional no se encuentra limitada exclusivamente al control vía tutela; (tutela contra tutela en jurisdicción ordinaria)¹⁰⁰

En tales circunstancias, el desfase entre hechos y sub-reglas no constituye límite infranqueable a la autonomía del juzgar. En otras palabras, las normas de las cuales se hace el juicio de constitucionalidad dependen de la interpretación que el juez haga de textos y hechos. Tales hechos y textos no son más que el material que utiliza el juez para componer el juicio de constitucionalidad, *en* ese sentido resulta entonces inevitable reconocer el catálogo de caracteres con el cual se clasifican los distintos tipos de sentencias emanadas de la Corte Constitucional Colombiana, como quiera que son estas las que se erigen como regla

¹⁰⁰ Así las cosas, resulta fácil dar ejemplos ilustrativos de la utilización de recurso de revisión como mecanismo de disciplina jurisprudencial aplicado tanto a sentencias de la jurisdicción común y de la constitucional que desconocen precedentes vinculantes que debieron haberse seguido. Pueden consultarse en ese sentido las sentencias: SU-1184/01; T-1625/00; T-1031/01; T-978/05; T-1072/05; T-1113/05; T-1161/05 y T-24/026; Estos ejemplos entre, muchos otros posibles muestran que la doctrina del precedente está viva y que la Corte Constitucional dedica buena parte de su jurisprudencia de revisión a mantener la disciplina del precedente entre los jueces nacionales

superior en observancia de su valor individual como actos normativos complejos de origen judicial.

Ahora bien, las sentencias constitucionales se caracterizan por ofrecer un debate constitucional garantista o de jerarquía y, se pueden clasificar de diferentes formas, así:

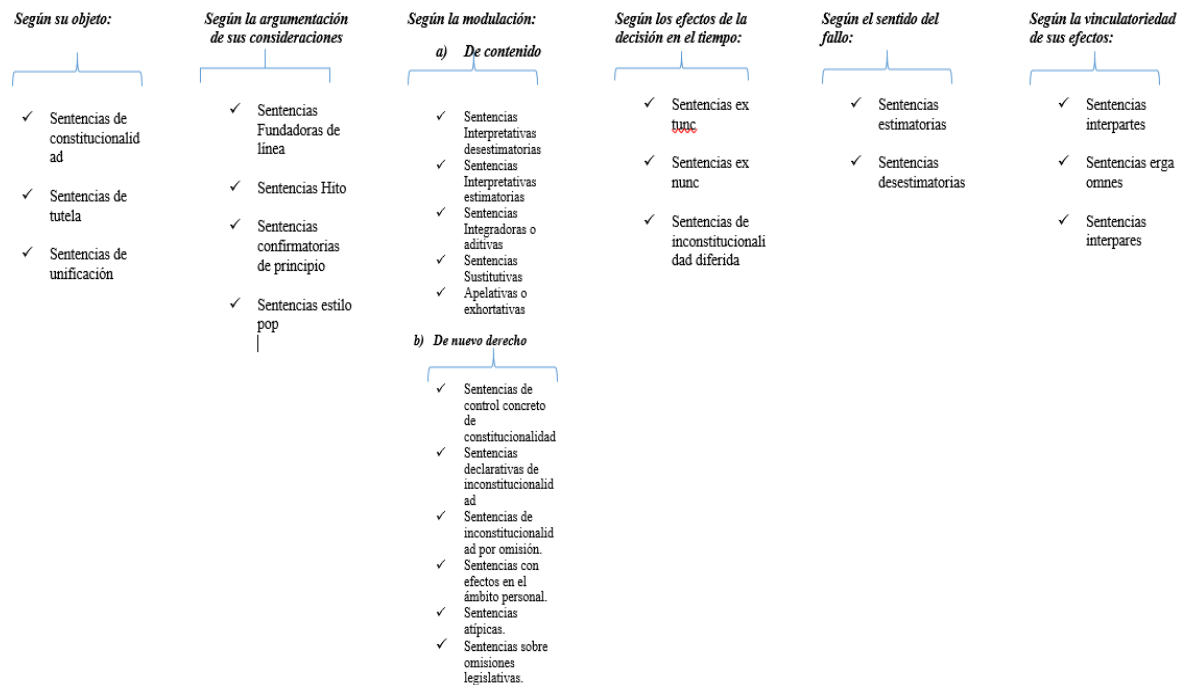


Figura 1. Caracteres para la clasificación de los distintos tipos de sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.

4.2.1 Según el objeto del fallo

4.2.1.1 Sentencias de constitucionalidad:

Son aquellas en las cuales se analiza si una o varias normas que cualquier ciudadano ha demandado, son o no contrarias a las disposiciones contenidas en la constitución.

4.2.1.2 Sentencias de tutela:

En estas, la corte actúa facultativamente como tribunal de revisión de las sentencias de tutela proferidas por un juez ya sea en primera o segunda instancia dependiendo si el actor impugnó o no la decisión.

4.2.1.3 Sentencias de unificación:

Son aquellas en que se unifican criterios que se han tenido en cuenta para resolver un mismo asunto al tenor del CPACA: "...por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia..."

4.2.2 Según la hermenéutica constitucional y argumentación de sus decisiones:**4.2.2.1 Fundadoras de línea:**

Son aquellas en las cuales todavía no hay ningún desarrollo jurisprudencial respecto de determinado tema.

4.2.2.2 Hito:

En estas la corte hace un pronunciamiento especial que marca una nueva pauta o posición interpretativa o aclara su posición con respecto a un tema.

4.2.2.3 Confirmadoras de principio:

Se reiteran las disposiciones aplicadas en casos anteriores, como expresión de cuidado al principio de seguridad jurídica.

4.2.2.4 Estilo pop:

Su estructura argumentativa esta imbricada en tendencias y modelos acordes a la realidad socioeconómica, cultural, política, tecnológica, entre otros variados aspectos que influyen en la comprensión y concepción que dentro de una comunidad se tiene de la justicia.

4.2.3 Según la forma en que afecten los textos legales¹⁰¹

Se pueden sectorizar en dos bloques de la siguiente manera, así:

4.2.3.1 Modulativas del contenido

4.2.3.1.1 Interpretativas desestimatorias:

Aquellas que reconocen la ilegitimidad de una norma, pero desestiman la demanda porque es posible explicar el sentido “correcto” con el cual deberá observársele a efectos de evadir la reiteración de futuras interpretaciones inconstitucionales.

4.2.3.1.2 Interpretativas estimatorias:

Son aquellas en que se considera inconstitucional una norma si se interpreta de determinada manera, es como si se permitiera su pervivencia con la condición de que en adelante no se puede interpretar en cierto sentido. Se podría decir que se trata de la forma inversa a las interpretativas desestimatorias en el sentido en que en estas la norma subsiste

¹⁰¹ conocidas por la doctrina como sentencias manipulativas se justifican en el principio de conservación de la norma, para no eliminarla s de la vida jurídica siempre y cuando se cuente con alguna forma de interpretación constitucionalmente viable.

si no se interpreta de cierta forma y en las anteriores subsiste si se interpreta de cierta forma, en cuanto a la diferencia entre estos dos tipos de sentencias es que “la sentencia estimatoria hace desaparecer “erga omnes “determinados significados normativos, mientras que la sentencia interpretativa desestimatoria goza tan solo de eficacia en el juicio a quo, y a lo sumo puede obligar al resto de los jueces a plantear una cuestión de inconstitucionalidad en caso de adoptar la interpretación contraria a la acogida en la sentencia de la Corte”

4.2.3.1.3 Integradoras o aditivas:

Son aquellas en que la corte opta por invadir el área funcional del legislador modificando por medio de adición la normatividad pre existente, complementándola para que se ajuste a la constitución, corrigiendo el error cometido por aquel.

4.2.3.1.4 Sustitutivas:

Declaran inexecutable una disposición legal por ser contraria a la constitución, pero en vista de que un vacío normativo en ese aspecto podría llegar a generar injusticias, entonces la corte procede a llenar ese vacío a través de su pronunciamiento al respecto, por lo general cuando la corte expide este tipo de sentencia no declara inexecutable toda la norma demandada, sino una parte de ella que si es acorde con la constitución, suprime la parte que no lo es y la complementa para que se ajuste a la carta.

4.2.3.1.5 Apelativas o exhortativas:

Dan a conocer que la norma demandada es inconstitucional en la forma en que está planteada, exhortando al legislador una modificación del asunto, atendiendo parámetros y

términos constitucionalmente en ella determinados, sujeto a eventual declaratoria de inexecutable por defecto no solo con la norma superior sino también con los avances o cambios sociales, económicos, culturales o tecnológicos, que conllevarían injusticias de continuar regulándose el tema de la misma forma.

4.2.3.2 Modulativas “del nuevo derecho”

4.2.3.2.1 De control concreto de constitucionalidad:

Aquellas donde se examina si una persona ha sido o no vulnerada en un derecho fundamental o le está siendo desconocida una disposición constitucional, en Colombia se hace a través de la denominada acción de tutela.

4.2.3.2.2 Declarativas de inconstitucionalidad:

Aquellas en que la corte estima que la norma es abiertamente contraria a la constitución, lo cual conlleva a que en adelante esa norma no podrá volver a ser aplicada ni creada nuevamente si se funda en los mismos principios.

4.2.3.2.3 De inconstitucionalidad por omisión relativa:

Aquella que decide eventos donde el legislador ha omitido incluir criterios temas, calidades o condiciones para la regulación de cierta materia.

4.2.3.2.4 Atípicas:

Son aquellas que implementan una hermenéutica constitucional finalista tomando como base la optimización de garantías, entendiendo como tales no solo los que aparecen en el título ii capítulo i de la carta, sino todos aquellos sin los cuales no sería posible que una persona pueda desarrollarse como ser humano o/ni llevar una vida digna, la corte en estas, muchas veces utiliza criterios futuristas, garantistas que pueden no estar de acuerdo con la realidad del país.

4.2.3.2.5 Proteccionistas:

Son aquellas en que la corte hace un estudio del caso y demuestra la necesidad prevención amparando el derecho constitucional invocado, a fin de evitar un perjuicio imposible de reparar o de que las cosas vuelvan a su estado anterior.

4.2.4 Según los efectos de la decisión en el tiempo

Se clasifican en:

4.2.4.1 Retroactivas o ex tunc:

Aquellas donde la decisión tomada afecta derechos adquiridos en el pasado, por estar en contra del interés general o la utilidad pública.

4.2.4.2 *No retroactivas, con efectos a futuro o ex nunc:*

Constituye la regla general en cuanto a la temporalidad de los efectos de toda disposición que cree, modifique o extinga cualquier situación jurídica a fin de guardar el principio de seguridad jurídica.

4.2.4.3 *Diferidas o temporales:*

Cuando la inconstitucionalidad de la norma es evidente, pero se suspende la declaratoria de inexecutable por un plazo definido a fin de que el órgano legislativo le perfeccione dando la oportunidad al Estado de adecuación de su agenda, sus políticas, criterios de priorización, presupuesto o lo que sea necesario para que pueda hacerse efectiva la disposición constitucional que está siendo ignorada. Estas decisiones se caracterizan por una explicación clara y exhaustiva de su parte motiva.

4.2.5 Según el sentido de la decisión.**4.2.5.1 *Desestimatorias:***

Aquellas en las que el fallo no acoge las pretensiones del demandante.

4.2.5.2 *Estimatorias:*

Aquellas en las que los pedidos del demandante prosperan.

4.2.6 Según sus efectos

4.2.6.1 Interpartes:

Producen efectos solo respecto de quienes intervinieron en el proceso.

4.2.6.2 Erga omnes:

Producen efectos respecto de todos los colombianos, desde el momento de su pronunciación.

4.2.6.3 Inter pares:

Cuando el sentido del fallo puede ser aplicado a toda persona que se encuentre en la misma situación de aquel o aquellos que obtuvieron el amparo.

4.3 Límites que enmarca la disciplina de precedentes frente a las facultades de adición y modificación del derecho jurisprudencial en la jurisdicción ordinaria¹⁰²

La evolución de nuestro sistema de fuentes ha contribuido a introducir en el actual estado de cosas, nuevos elementos potestativos en torno al valor y los efectos de los fallos como unidad de derecho jurisprudencial que, dicotómicamente, ha abierto las puertas a discusiones de genéricas y de implementación. Donde; la doctrina en el devenir analítico de reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales no ha logrado la unicidad de respuesta integral, claras ni de confiabilidad imperativa a la dinámica del sistema de precedentes Colombiano,

¹⁰² Esto partiendo del sentido constitucionalista que concibe un valor y tratamiento unificado para toda la jurisprudencia nacional, donde, la jurisprudencia de las altas cortes han de valorarse como precedente horizontal o vertical según lo dictamine su relación directa con el principio de igualdad. (Lopez D. Pag.75 y Sgtes.)

en especial, desde la legítima pregunta por la debida creación de sub reglas jurisprudenciales de carácter general desde la jurisdicción ordinaria, tampoco hay claridad sobre las nuevas técnicas operacionales que demanda la hermenéutica constitucional en progresión y alcance del ingrediente social que promete el Estado colombiano a través de la constitución política o la determinación criteriológica para los jurisconsultos, doctrinantes y estudiantes de derecho cuya vocación de Litis se ve mermada en el sentido finalista del derecho por el letargo en el que se encuentra nuestro “*derecho viviente*”.

Pues bien, teniendo en cuenta la naturaleza funcional de las sentencias como descriptor de su potencial como fuente de derecho, ha de tenerse como punto de partida para el esclarecimiento y aterrizaje operacional modulación por adición, la teoría de Carrió, sobre aquella premisa que reza “todos los jueces, dadas ciertas condiciones, crean normas jurídicas generales”. (Pulido Ortiz, 2011)¹⁰³

Si bien podría erigirse una hipótesis probable sobre los alcances de la modulación por adición; Distinguiendo creación de normas generales de creación de normas individuales y, relacionando la determinación del potencial de lo modulación aditiva más allá de los fallos de constitucionalidad o de tutela relacionados meramente con igualdad en coherencia con el presupuesto de que la sentencia judicial crea tanto norma individual como norma general (según lo demanden las necesidades circunstanciales o de indeterminación del derecho). El desuso de estas facultades se presume en consecuencia a indeterminaciones sobre las operaciones interpretativas para la identificación o determinación de la norma e indeterminaciones sobre grado de obligatoriedad.

¹⁰³ PULIDO ORTIZ , Fabio Enrique. “CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO, CONCRETO, MAXIMALISTA Y MINIMALISTA”. En: Revista prolegómenos – derechos y valores. Bogotá, D.C. Colombia - Volumen XIV - No. 27 - Julio - diciembre 2011 Pg173 Ibídem - ISSN 0121-182X Ordinal IV. Disponible en: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/71198/Articulo+10-27.pdf>

Así, dentro de las limitaciones concretas a la creación de sub reglas jurisprudenciales, desde lo que tiene que ver con las operaciones interpretativas para la identificación de normas en los textos de sentencias, se han relacionado por parte de la doctrina constitucional moderna, problemas particulares y problemas genéricos donde, desde la particularidad se enumeran los siguientes:

1. La implementación de argumentos híbridos que mezclan indistintamente normas conceptuales, normas deónticas y normas constitutivas. No existe unidad en cuanto al nombre que se le da a la operación de identificación del derecho judicial. Se habla de generalización, inducción o explicitación de la *ratio decidendi*, inducción de la norma general involucrada en la sentencia, identificación del holding. Por otra parte, la distinción entre holding y dicta no es clara
2. En las sentencias, además, se confunden normas generales y normas individuales; causa, en anuencia con Bernal P. de la retrasada discusión sobre si para la existencia (ni siquiera la obligatoriedad) de los precedentes judiciales se requiere de una sola sentencia o de varias que lo reiteren. interrogante que a estas alturas constituye un lastre discusional para el derecho jurisprudencial, de los jueces.
3. Falta claridad acerca del espectro operacional para determinar la *ratio decidendi*, holding o regla controlante del caso.
4. Efecto limitante de la obligatoriedad del precedente Constitucional¹⁰⁴. El ejercicio de las competencias jurisdiccionales para adicionar o modificar el precedente constitucional

¹⁰⁴ La indeterminación sobre la rigidez o flexibilidad de nuestro sistema de precedentes ha causado conceptualizaciones dispersas en cuanto a la obligatoriedad y alcance del derecho jurisprudencial en Colombia; la contradicción entre las facultades constitucionales de apartamiento, adición o modificación del precedente y la descripción típica del prevaricato es una de las aristas problemáticas que se perfila como obstáculo del emblemático “derecho viviente” tan constitucionalmente pregonado alguna vez y tan pobremente desarrollado desde la jurisdicción ordinaria al día de hoy. formulando problemas como la desconfianza hacia los argumentos justificativos de los jueces o la confusa idea de control de legalidad sobre los criterios racionales del juez cuando adiciona o modifica el precedente constitucional para crear una nueva sub regla de

desde la jurisdicción ordinaria soporta una carga argumentativa aun vaga en cuando a indicadores de procedibilidad y motivación, lo que la constituye como potísimo reto que recae sobre los hombros de los jueces ordinarios ya que las altas cortes poco han desarrollado los modelos de cambio prospectivo de jurisprudencia vertical.¹⁰⁵

5. Criteriología argumentativa, y jurisdiccional para la adición y modificación del precedente constitucional desde la jurisdicción ordinaria.

De lo anterior, resulta entonces necesario decantar la pose dicotómica entre seguridad jurídica y autonomía judicial pues, si bien se tiene al precedente constitucional como máxima expresión de progresismo constitucional y justicia social que, (emanado única y exclusivamente por la Corte constitucional), funge como fuente viva de derecho; tal interpretación no es desobligante en cuanto a los deberes de actualización y validación perenne que requiere el derecho para sortear los riesgos de petrificación. Por lo que resulta idóneo observar la irradiación potencial y suficiente que se despliega desde el principio de *autonomía judicial* sobre el legítimo perfeccionamiento garantista del derecho jurisprudencial.

derecho. (García Kristhell y Pérez Carlos, 2015) **La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia**

¹⁰⁵Fabio Bernal considera sobre este particular, que “se debe tener en cuenta que en la sentencia C-355- 2008 en la que se estableció confusamente que para establecer si un funcionario público, incurrió en prevaricato, “resultará indicativo examinar si se está en presencia de un alejamiento del de una sub-regla constitucional constante” como en el caso de los fallos de reiteración en los que “la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional” Tal conclusión (derivar consecuencias penales del desconocimiento de precedentes) es desproporcionada, cuando no existe enfoque analítico o metodológico para definir la norma jurídica vinculante involucrada en una providencia judicial.”

Así, el Juez en lugar de considerar como suya la facultad de evidenciar cambios sociales, políticos o económicos para transformar o replantear el precedente superior deberá asumir dichas cargas sobre la interpretación de una misión no transformadora sino respetuosa e incluyente del principio jurídico y su sentido original en cada aspecto de la nueva fundamentación, respetando a su vez un modelo integrador en estricto y sigiloso cuidado, ya sobre la plena conciencia de que su adición o modificación ha de desprenderse un punto de partida criteriológicamente determinado y potencialmente fundador de sub regla.

Por ello, la estructura del presente capítulo ha de responder a cada uno de los ordinales problemáticos así; se revisarán los argumentos de superación de las objeciones planteadas anteriormente en el capítulo segundo bajo los literales a), b) y c); glosadas todas tres como *Objeciones de generalización* con la presentación de un esquema criteriológico para la adición o modificación del precedente constitucional que, sectorizado en dos partes; criteriológica de la hermenéutica constitucional moderna y criteriológica de derecho internacional; y que hacen posible la adición/modificación del precedente por parte de los jueces de instancia.

5.1 La adición o modificación del precedente constitucional en el sistema de precedentes colombiano

5.1.1 Objeción de generalización y criteriológica constitucionalista

Al hablar de criteriológica para la adición o modificación del precedente constitucional es indispensable discernir entre una razón juzgadora sustitutiva y la razón juzgadora integradora. Aclarando desde ya que, en gracia de la complejidad y competencia específica

del juicio de sustitución, la presente propuesta se circunscribe únicamente al contexto de la modulación por integración donde ha de partirse del presupuesto de que No se está hablando de juicio de sustitución sino de surgimiento de nueva sub-regla vía doctrina probable, teniendo en cuenta que el intérprete jurídico tiene por misión identificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, encontrando en las técnicas de análisis “dinámico y estático de la línea jurisprudencial”, la comprensión utilitaria del sistema de precedentes y el cumplimiento de jueces y funcionarios enfrentados a la obligación de justificar adecuadamente sus providencias cuando deciden apartarse de la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, como el juicio de sustitución requiere una carga argumentativa exigente, de acuerdo a lo sostenido por la corte constitucional, cuando en su premisa mayor demanda fijar con suma claridad el elemento que probablemente ha sido sustituido, determinar “a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la carta de 1991” y mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la constitución integralmente considerada. Recordemos al constituyente derivado, como aquella capacidad que tienen ciertos órganos del estado de modificar una constitución existente, cabe resaltar que los límites al poder de reforma no sólo son los formales derivados de las reglas procedimentales establecidas por la constitución y las normas legales, sino también los que se derivan del alcance de su competencia, cual es en este caso nada más ni nada menos que la de reformar la constitución”. C-141/2010.

En Colombia lo anterior no le es dado en naturaleza espontanea ni facultativa a la jurisdicción ordinaria para la administración de justicia, Aunque si lo es en cambio la remisión a los conceptos relevantes de la nueva hermenéutica constitucional cuyo punto de

partida son los principios y valores contenidos en sentido proteccionista por el precedente constitucional.

La Corte Constitucional en sentencia T - 406 de 1992¹⁰⁶, definió por primera vez el alcance de los principios y valores Constitucionales, en consideración a su prevalencia en el ordenamiento interno, no solo como fuentes de derecho, sino como pilares realmente vinculantes, obligatorios, mediante los cuales el Juez, debe interpretar y crear el Derecho, en cuando a la compatibilidad de los postulados constitucionales se debe distinguir entre los alcances de los principios y valores constitucionales¹⁰⁷.

Pues buen, a juicio de la suscrita, un primer asunto alrededor de los principios y valores constitucionales, es que no existe una criteriología hermenéutica unificada a nivel jurisdiccional para su implementación, esto es debido al factor novedad pues antes de la reforma constitucional de 1991, no había una teoría de los principios constitucionales, ni una teoría de los valores constitucionales en Colombia, (si lo había en otros escenarios de la teoría Jurídica, de hecho a habían sido emitidos los textos de Dworkin, ya estaban los textos de Alexy que trae la distinción entre principios y valores, se traían pues los españoles en los textos de Ruiz Manero, los finlandeses tendrían un Arni Erkki), no obstante lo que se filtra en Colombia, con una relativa fuerza de novedad, es la distinción entre regla, principio y valor constitucional como algo que ha dominado hasta hoy en la corte constitucional y

¹⁰⁶ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-406- 92. Cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). Expediente T-778. M.P: CIRO ANGARITA BARON

¹⁰⁷ Según Pulido O. 2011, En su mayoría, los principios, valores y derechos constitucionales se apoyan en conceptos esencialmente indeterminados. Estos conceptos aparecen cuando es claro que una norma constitucional expresa un criterio, pero hay personas que están en desacuerdo acerca de cuál es su contenido específico. Los conceptos esencialmente controvertidos se presentan cuando:

1. La disputa por su significado no sólo corresponde a casos marginales, sino que los propios casos paradigmáticos son discutidos;

2. La controvertibilidad forma parte del concepto, y existen otro tipo de indeterminaciones causados por la brecha que se genera entre la norma (como expresión lingüística) y la realidad, lo que lleva a la necesidad de que los jueces al aplicarlas exploren estrategias para reducir dicha brecha

también en la enseñanza¹⁰⁸, esto, viene al caso para responder que la distinción entre los tipos de excepción de obligatoriedad de precedente (apartamiento, adición o modificación), porque es producto del devenir, de la trazabilidad de distinciones científicas que ha definido la tendencia constitucionalizadora de la adjudicación así pues de entre los distintos tipos de precedentes ha de hilvanarse y reconocerse la trazabilidad desde la distinción entre reglas y sub-reglas, de la distinción entre norma principio y valor, todas estas académicamente reiteradas que hoy constituyen un reto o problema para la unificación de la criteriología hermenéutica tanto de los jueces colombianos como para el contexto de la formación para la jurisdicción donde, el sector universitario endilga de responsabilidad por la crisis en la adjudicación del derecho a la escuela de formación de jueces “Rodrigo Lara Bonilla” y esta a su vez desde una pose pseudo institucionalista señala la necesidad de relevos generacionales en las aulas de la academia. (Prensa Visión, 2016)¹⁰⁹

Ahora bien, si se tiene en cuenta que entre principios jurídicos y principios constitucionales hay unos explícitos y otros implícitos estos son inherentes a las labores de interpretación y adjudicación del derecho, por lo tanto ofrecen una suerte de identificación empírica y de adaptación relativa posible o dúctil si se quiere afirmar, en la medida en que se formulan, aparecen y acontecen de acuerdo con las tendencias sociales y constitucionales, un ejemplo de esto es la línea en materia de dosis personal, el acto legislativo 01 del 2009 sobre la dosis personal, demandado por sustitución constitucional donde se planteó la violación de algunos principios y elementos estructurales de la Constitución no tuvo éxito, pues no podía tenerlo, ese no era un caso ganador conforme a la

¹⁰⁸ siguiendo la línea de Alexy, para hablar de enunciados normativos de lo particular, enunciados normativos de lo general, y en el caso de los valores, enunciados axiológicos que tienen una función interpretativa

¹⁰⁹ ORLANDO Velásquez, “La formación del nuevo Juez” realizada en la Univ. Nac. de Trujillo, Categoría Noticia y política; Licencia estándar de You Tube, Publicado el 7 mayo de 2016, Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YE0aK451YXY>

tendencia social constitucional del país, No obstante sobre la misma materia, hay otros casos en que si ha resultado un terreno favorable para aplicar principios y valores constitucionales, sopesando relevancia y peso jurídico, unos y otros se dejan diferenciar, sin embargo también resultan concurrentes¹¹⁰.

Lo anterior es tan factible como real en Colombia, como quiera que la prensa ha informado en contadas oportunidades de casos donde jueces de la jurisdicción ordinaria han emitido fallos que a ultranza de un mero apartamiento, incorporan adiciones o modificaciones del precedente constitucional que regla el asunto sub-júdice; esto sucede porque principio-lógicamente esta dado; no solo por las facultades de apartamiento, adición y modificación reconocidas por la propia corte sino también por los principios que son tendencia en hermenéutica judicial (Streck, 2014)¹¹¹:

1. Principio uno: la preservación de la autonomía del derecho: bajo éste principio se fundamenta en la corrección funcional (no alteración del texto constitucional por autoridad decisoria), la rigidez constitucional (blindaje ante el legislador) y el fortalecimiento de la fuerza normativa y la búsqueda de la máxima efectividad constitucional.
2. Principio dos: el control hermenéutico de la interpretación constitucional – la superación de la discrecionalidad: se parte del hecho de que las decisiones judiciales deben estar debidamente justificadas y respeten la autonomía del derecho, sin detrimento de la actuación propositiva para casos en concreto.

¹¹⁰ En la teoría general de los derechos fundamentales de Alexy se explica la posibilidad exitosa de que los principios y valores resulten concurrentes y sobre todo operativos y que, en casos difíciles, resulten con la modificación de un precedente constitucional por adición.

¹¹¹ STRECK. Op. Cit.

3. Principio tres: el respeto a la integridad y a la coherencia del derecho: Bajo este principio se deben respetar los principios construidos a lo largo de la historia de la teoría constitucional a la hora de fundamentar una decisión.

4. Principio cuatro: el deber fundamental de justificar las decisiones.

5. Principio quinto: el derecho fundamental a una respuesta constitucionalmente adecuada.

Así, (en revisión documental de fórmulas como la de Streck), se reflexiona útilmente sobre el paradigma de la interpretación judicial y la experiencia de trasplantes teóricos desfasados sociológicamente con las metas institucionales del sistema judicial de destino. De esta reflexión resulta un coadyuvante para la neutralización la unificación criteriológica Gadameriana representa así una propuesta innovadora y por lo mismo pertinente en el sentido que se aleja de todo procedimiento metodológico de corte relativista o subjetivista interpretativo para preconcebir a la Constitución como principal fuente del razonamiento epistemológico. De esta forma, una vez los sujetos van a realizar una interpretación frente a un caso en concreto, en sentido a priori de realizar cualquier decisión deben comprender la fuerza normativa de la Constitución y los principios que han dado origen a su existencia en la humanidad.

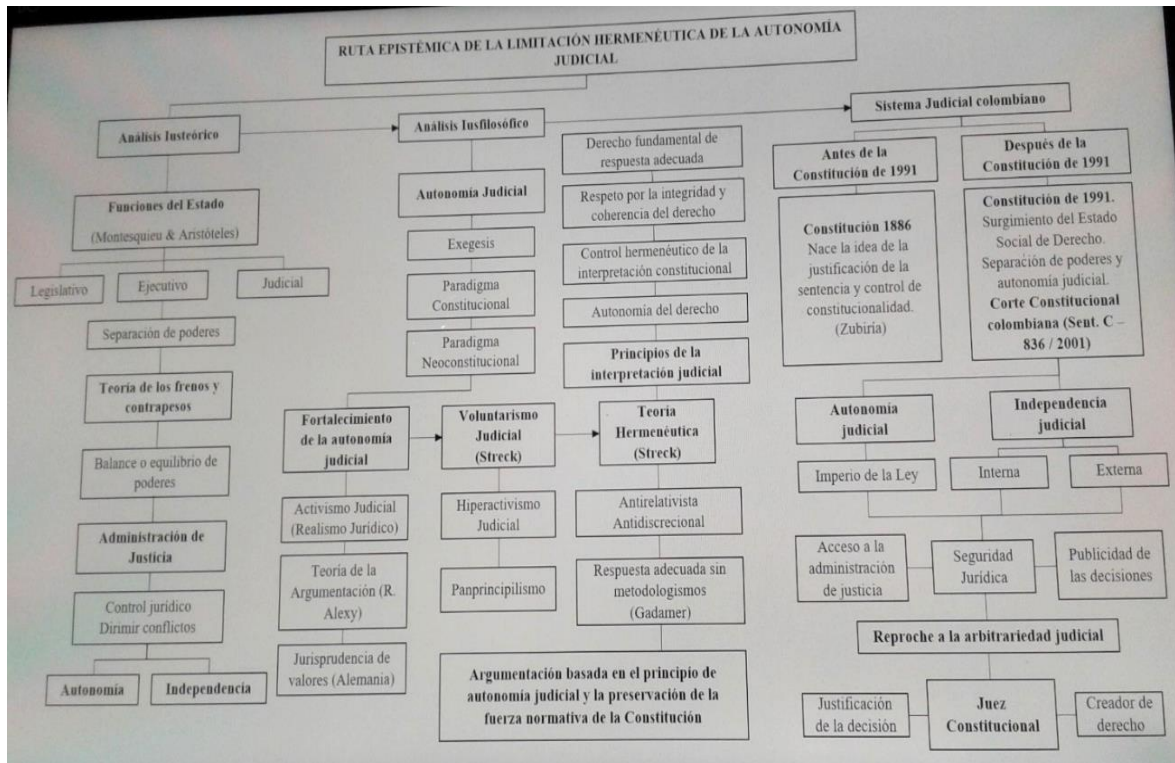


Figura 2. Ruta epistémica de la limitación hermenéutica de la Autonomía Judicial

5.2 Argumentos de superación que facultan a los jueces de la jurisdicción ordinaria para la adición/modificación del precedente constitucional.

Sobre la precisiones hasta acá expuestas ha de indicarse en un sentido pragmático que, los dos principales tipos de sentencias que dicta la Corte Constitucional colombiana, en concordancia con las tesis más conocidas sobre la identificación del derecho de origen judicial, respectivamente se materializan como: sentencias de constitucionalidad (*modulación restrictiva*) y sentencias de tutela (*modulación sustitutiva.*) precisamente por estas dos tipologías capaces de reunir dinámicamente (según las peculiaridades del asunto que problemático a resolver), todos o cualquiera de los caracteres tipológicos anteriormente relacionados, así por ejemplo un fallo de ST: puede ser interpartes, exhortativo, de modulación aditiva en control concreto de constitucionalidad, con estilo pop... etc., y por ello; se ha de preconcebir la ubicuidad del modelo hito por su valor y grado de obligatoriedad

y la del modelo integrador por tu competencia funcional en la creación e integración de líneas jurisprudenciales.

Ahora bien, Teniendo en cuenta que hay solo dos vías de acceso a la excepción coercitiva y vinculante del precedente constitucional y que estas dos vías han sido determinadas por la dogmática constitucionalista post moderna en abstracción o concreción, entendida esta desde un enfoque legal, a partir de la diferenciación entre normatividad y norma, como lo indica Sant & Pedra:

La estructura de la norma constitucional se presenta determinada por el programa de la norma y por el ámbito de la norma, y la conexión entre ambos vendrá a resultar en la norma de decisión. Todo este análisis permite constatar la relación existente entre concreción y mutación constitucional y cómo las normas constitucionales son modificadas informalmente de acuerdo a la realidad social (Sant'Ana Pedra, 2012)¹¹².

Es por ello que la presente propuesta aborda el problema de la adición como acto modificatorio del precedente constitucional y que tal acción solo resulta legítima en cabeza de la función judicial; El presente estudio apela al método lógico-deductivo, (reivindicador constante de la “ingeniería en reversa”). De donde se obtiene que: si el objeto del presente estudio es establecer la senda hacia la determinación operativa de la creación de sub-reglas desde la jurisdicción ordinaria por medio de la adición o modificación del precedente constitucional, la misma solo es posible desde la particularidad contextual que ofrece -el estudio de caso- lo que de contera lleva a que la vía de acceso pertinente sea la concreción dado a que la misma establece que el proceso interpretativo que delimita una modificación

¹¹² SANT'ANA PEDRA, Adriano. “MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONCRECIÓN NORMATIVA: CÓMO LA ESTRUCTURA DE LA NORMA SE RELACIONA CON LOS CAMBIOS INFORMALES DE LA CONSTITUCIÓN”. En: Revista virtual Estudios Constitucionales [online], 2012, vol. 10, no. 2. [citado 14 octubre 2016]. Pág. 370. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art09.pdf>

al precedente no radicada únicamente en aspectos cognitivos sino volitivos que permite un cambio en el paradigma tradicionalista¹¹³.

Es así que mediante la concreción se configura un esquema para la superación de las objeciones relacionadas en el capítulo anterior de la siguiente manera así;

Objeción Particular a) = Se debe precisar que la identificación de las normas judiciales es conceptualmente distinguible de su obligatoriedad. En efecto, se puede identificar una norma y concluir que la misma no es obligatoria, es decir que no existe la “obligación política” de seguirla. Típicamente, existen dos formas para el reconocimiento de la obligatoriedad de las normas judiciales: de hecho y formal. Para lo primero, los tribunales y jueces siguen los precedentes aun cuando no existe una norma que los obligue a ella. Como lo señala Pulido Ortiz citando a Sodero: “Por el contrario, la obligatoriedad formal se refiere a que se ha reconocido (o creado) una norma jurídica que exige el seguimiento de precedentes. Por su puesto que la identificación de la norma judicial (del precedente) define el alcance de la vinculatoriedad hacia el mismo” (Pulido Ortiz, 2011, pág. 173)¹¹⁴.

La fuerza normativa de las decisiones judiciales proviene del principio conocido como *stare decisis* (estarse a lo decidido), según el cual "los jueces deben resolver sus casos de acuerdo a lo decidido por jueces de la misma jurisdicción, de mayor o igual jerarquía judicial, en casos previos similar" (Pulido Ortiz, 2011, pág. 146)¹¹⁵. En todo caso, la doctrina del *stare decisis* y la identificación de normas generales no ha sido un asunto tranquilo. Las normas jurídicas que se extraen de las sentencias precedentes solo son obligatorias cuando en los

¹¹³ Véase Mutación Constitucional y Concreción Normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la constitución, Adriano Sant & Ana Pedra, Estudios constitucionales vol.10 no.2. 2012, Scielo “la concreción del derecho significa orientación del derecho a lo real y no la imposición del derecho a la realidad y tendencia a una realidad a estructurar.

¹¹⁴ PULIDO ORTIZ . Óp. Cit. Pág. 173

¹¹⁵ Ibídem. Pág. 146

casos futuros se presentan los mismos hechos relevantes. De esta manera, los problemas metodológicos en la operación del *stare decisis* son básicamente dos: la identificación de la norma jurídica vinculante, y la identificación de los hechos relevantes. Estas operaciones no obedecen estrictamente a principios y leyes de la lógica, sino que se fundamentan en consideraciones de justicia que el juez, quiérase o no, aplica (Cueto Rúa, 1997)¹¹⁶.

Objeción Particular b) =, como sea que se denomine el asunto, el problema consiste en determinar o en localizar la norma involucrada en las sentencias precedentes, o lo que es lo mismo, la norma general¹¹⁷ de origen judicial que fundamentó la decisión en el precedente. En este sentido se ha hecho la distinción entre holding (*ratio decidendi*) y *dictum*¹¹⁸

Objeción Particular c) =, 3. Finalmente en cuanto a la objeción de dificultades operativas para la identificación de la regla que el juez ha de aplicar para resolver el problema jurídico que se le plantea. Ha de puntualizarse en la construcción de razones de la regla estas, según Bernal (2011) están constituidas por los argumentos elaborados en la parte considerativa de la Corte que muestran el porqué de la regla. Dado que, “(...) las razones que manifiesta expresamente el juez en la sentencia determinan el grado de generalidad de la norma jurídica establecida en la sentencia. Las razones de la decisión deben ser todas aquellas que justifican la respuesta al problema planteado. En todo caso, para evitar excesivas generalizaciones se

¹¹⁶ CUETO RÚA, Julio César. “El Common Law”. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2007

¹¹⁷ La generalidad con base en la cual los precedentes deben ser interpretados obedece a las razones con que el juez que creó el precedente haya justificado la regla. Una vez los jueces posteriores identifican el supuesto normativo deben aplicar la regla a partir de procedimientos deductivos en todo asunto que se enmarque dentro de su ámbito normativo.

¹¹⁸ Para PULIDO ORTIZ, Óp. Cit. Pág. 174: los enfoques o técnicas para identificar la norma jurídica vinculante en una sentencia precedente son una mezcla de razones lógicas e intuitivas, no son una operación mecánica. Según se acentúe la importancia en las reglas generales o en los hechos relevantes, se llega a métodos o técnicas diferentes de identificación del derecho judicial y por tanto a normas diferentes. (...), esto define las maneras maximalistas y minimalistas de concebir el poder normativo de los jueces. Los maximalistas dan mayor importancia a la regla general, mientras los minimalistas, a los hechos del caso. De lo anterior resulta que si se sigue una posición maximalista las reglas identificadas en las sentencias abarcan una mayor cantidad de casos, mientras que si se atiende a los hechos relevantes el poder normativo será menor. En todo caso, “(...) Los jueces no están vinculados por las teorías jurídicas establecidas en las sentencias precedentes sino por la forma como se dio solución a un problema jurídico real, toda vez que los principios y normas deben ser funcionales y facilitar el comportamiento del tribunal”.

deben evitar teorizaciones, definiciones y explicaciones, pues las razones deben estar en función de la operatividad de la regla, más que en su definición conceptual de los elementos de la misma.¹¹⁹

Objeción particular d) = la función creadora del juez requiere de indicadores criteriológicos en la cual el juez de menor jerarquía en la ejecución de sus obligaciones constitucionales y bajo la argumentación adecuada pueda crear derecho sin mayor inconveniente mediante la demostración y justificación de un sustento jurisprudencial en el cual, la modificación o adición a través de una decisión judicial se vea sustentada a través de una contra – argumentación derivada de la autonomía del juez para atender a la realidad social.

Para un clásico de la literatura jurídica anglosajona como A. Goodhart (1930) lo que un juez defina como hecho relevante es altamente subjetivo y de ello dependerá el nivel de generalidad o concreción del precedente por lo que, concluye dicho autor que es mediante la elección de los hechos relevantes como los jueces efectivamente crean derecho.

Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales

119 PULIDO ORTIZ. Óp. Cit. Pág. 171

5.2.1 Objeción de cooperación institucional y Criteriología de derecho internacional

Tomando como punto de partida el reconocimiento de la obligación que tienen los Estados de adecuar todo su derecho interno con los tratados y convenios internacionales y la jurisprudencia de los órganos judiciales supranacionales encargados de interpretarlos, así mismo, la obligación de los jueces en todos los niveles en asuntos de su competencia de ejercer un control de convencionalidad; el presente título desarrollará la relevancia, pertinencia y principios procesales que constituyen referente y orientación para la adición y modificación del precedente Constitucional a la luz del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, y su instrumentalización para la evolución de reglas constitucionales en determinados Estados.

Para ello, se desarrollará el libelo en tres puntos importantes: (i) el papel de la Corte Constitucional Colombiana como legislador positivo a través de las sentencias de constitucionalidad integradoras o aditivas y (ii) el *ius cogens* y el principio *pro homine* como regla general de la aplicación del *corpus iuris* Internacional de los Derechos Humanos.

5.2.2 El papel de la Corte Constitucional Colombiana como legislador positivo a través de las sentencias de constitucionalidad integradoras o aditivas

Desde sus comienzos, nuestra Honorable Corte central ha afirmado que, en un Estado constitucional de derecho, la función del juez constitucional no debe limitarse a administrar la Ley, sino ha de fungir como un intérprete de la norma cuya función es lograr la compatibilidad de los principios y mandatos constitucionales (entre ellos el de seguridad jurídica), con el sentido social que proclama la administración de justicia, por ello ha de

sopesar lo anterior en una autonomía interpretativa frente a la ley y los hechos que le son objeto de valoración, conscientemente de la naturaleza legislativa que encara su función decisional (Sentencia T-406- 92, 1992)¹²⁰.

Desde esta perspectiva, resulta necesario tener en cuenta de entre las distintas tipologías de sentencias emitidas por la Corte Constitucional, no solo las de tipo S-C o sentencias las de Constitucionalidad cuyo contenido declara la exequibilidad o no de la norma, sino también, aquellas sentencias que se constituyen por si mismas como un modelo endógeno que resulta ilustrativo de modo ejemplarizante para el uso e implementación de las facultades de adición y/o modificación del precedente por parte de la jurisdicción ordinaria. Como lo son aquellas sentencias cuyo *decisum* “no anula la disposición acusada, sino que le agrega un contenido que la hace constitucional” (Martínez Caballero, 2000)¹²¹ , este tipo de sentencias han sido denominadas como “sentencias integradoras o aditivas de contenidos normativos” (Quinche Ramirez, 2015)¹²². Siendo este el modo, como la Corte Constitucional ha asumido el rol de legislador positivo, siendo objeto en sus ejercicios iniciales de sendas críticas por parte del sector parlamentario al considerarse que “la Corte invade los campos del legislativo y que ella contribuye a crear un clima de inseguridad jurídica” (Lopez Daza G. A., 2011)¹²³, sin embargo, este tipo de facultades asumidas por la Corte se ha arraigado en la nueva cultura interpretativa por la legítima vía de la necesidad de complementariedad y actualización del derecho de precedentes, eventos integradores de línea que han venido

¹²⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-406-92. doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992). Expediente T-1872. M.P: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

¹²¹ MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. Estudios Socio-Jurídicos, 2(1), 9-32. Retrieved January 28, 2017, . Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-0579200000100004&lng=en&tlng=es.000

¹²²QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, Fernando. “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: acciones y procesos” Edit. DOCTRINA Y LEY LTDA. Bogota. 2015. Pag. 81

¹²³ LOPEZ DAZA, German Alfonso. “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”. En: Revista Cuestiones Constitucionales de la biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Ene/Jun. 2011. No.24. Pag. 178

siendo aceptados constituyéndose en nuevo derecho de obligatorio cumplimiento, así, por ejemplo, en sentencias como las C-228 de 2002, C-004 de 2003 y C-370 de 2006, entre otras, la Corte declaró la exequibilidad de la norma demandada empero integrando o adicionando letras a imprecisiones e imprevistos del legislador, “por virtud de tales providencias los contenidos normativos se condicionan a ser entendidos en un sentido específico, acorde con la Constitución Política”¹²⁴.

La fenomenología antedicha, lleva a determinar cómo en algunos eventos la Corte a través de su jurisprudencia entra a llenar vacíos jurídicos u omisiones legislativas, en miras de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero, así como pueden existir vacíos jurídicos en la legislación, de igual forma los pueden existir en el precedente constitucional, vacíos que pueden ocasionar que los operadores judiciales que deben seguir dicho precedente, corran el riesgo de incurrir, en la violación de derechos protegidos en el *corpus iuris* internacional, Esto, debido al temor que puede generar el desconocimiento de lo preceptuado por la Corte Constitucional e incurrir en prevaricato, sin embargo, los jueces deben entender, que están obligados no solo a aplicar las normas y practicas vigentes dentro del ordenamiento jurídico interno, sino que también, deben velar, porque las obligaciones internacionales sobre DDHH que tiene el Estado, no se vean mermadas por la aplicación de figuras jurídicas contrarias a dichas obligaciones y, desde esta perspectiva, entrar analizar, cada caso en concreto con el objeto de que si llegare a existir un precedente constitucional que aplicado rigurosamente tal y como lo estableció la Corte, contrarié lo predicado en el *corpus iuris*, el juez que conozca de dicho caso, ha de hacer uso de sus facultades de discrecionalidad interpretativa para adicionar o modificar dicho

¹²⁴ Colombia, Corte Constitucional. Auto 256/09. Cuatro (04) de agosto de 2009

precedente conforme al *corpus iuris* y lograr así un equilibrio para la eficaz protección de los derechos.

No existe duda que con el pasar del tiempo, los tratados y convenios internacionales sobre los Derechos Humanos, ha ido tomando una gran importancia a tal punto de llegar a constituirse en algunos Estados Latinoamericanos, como el colombiano, normas de igual jerarquía constitucional (Sentencia C-067/03, 2003)¹²⁵ y en otros Estados como Bolivia, normas de mayor jerarquía Constitucional (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Art. 256), igualmente, la jurisprudencia que emana de tribunales supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha convertido en un precedente obligatorio a seguir por las autoridades estatales en especial por los jueces.

5.2.3 El *Ius cogens* y el principio *pro homine* como regla general de la aplicación del *corpus iuris* Internacional de los Derechos Humanos

Dos de los pilares fundamentales que sustentan la primacía que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por sobre las del derecho interno de cada Estado, se asientan tanto en el *ius cogens* como en el principio *pro homine* o también llamado principio *pro persona*. El primero de ellos, definido por el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como “...norma imperativa de derecho internacional general...” precisada en el mismo artículo como “... una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

¹²⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-067-03. cuatro (4) de febrero de dos mil tres (2003). expediente D-4111. M.P: MARCO GERARDO MONROY CABRA

Por otro lado, Antônio Cançado sostiene que:

El *jus cogens* internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el *corpus juris* del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El *jus cogens* tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo *jus gentium*¹²⁶.

Desde una perspectiva netamente regional, bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las normas del *ius cogens* tienen como objetivo proteger los valores esenciales de la comunidad internacional como un todo. Son normas de importancia colosal en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, es así, como la Comisión Interamericana señala que:

El concepto de *ius cogens* se deriva de una “orden superior” de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de *ius cogens* han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el “orden internacional”. Aquéllas son las reglas que han sido aceptadas, explícitamente en un tratado o tácitamente por costumbre, como necesarias para proteger el interés público de la sociedad de naciones o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellos¹²⁷.

¹²⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio “International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I”, 316 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye (2005), cap. XII, pp. 336-346.

¹²⁷ CIDH. Informe N° 3/87, caso 9467. Roach y Pinkerton contra Estados Unidos. párr. 55

Por otro lado, la Corte Interamericana al referirse al principio del *ius cogens* señala que:

Este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece *al jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (...) (Trueba Uzeta, 2003)¹²⁸.

Lo anterior, se convierte en preceptos que, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, obliga a los Estados y especialmente a los operadores judiciales a dar primacía a las normas de *ius cogens*, teniendo en cuenta que dichas normas no pueden ser desconocidas ni suprimidas por ninguna actuación jurídica, ya que, se verían comprometidos derechos que se encuentran protegidos por los instrumentos internacionales y los cuales no pueden versen mermados ni aun por la aplicación de disposiciones jurisprudenciales de las altas cortes nacionales que tengan efectos vinculantes

En cuanto al principio *pro homine*, ha sido definido por la profesora, Mónica Pinto como:

Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio

¹²⁸ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr. 101

coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre¹²⁹

6. Conclusiones

Como corolario se tiene que la factibilidad operacional de la adición y/o modificación de precedente constitucional es viable, segura, constitucional y traza una ruta que parte de las siguientes premisas:

Primero: Cuando del estudio de los hechos relevantes de un caso particular surgen elementos fenomenológicos recientes, nuevos o trasmutados ha de respetarse la obligatoriedad del precedente constitucional demostrando el grado exacto de funcionalidad prescriptiva del mismo sobre el caso a decidir respecto a cuatro elementos; integridad b) concreción c) coherencia y d) utilidad¹³⁰.

Segundo: Si de tales consideraciones resulta evidencia de nueva exigencia social emergente por cambio social, político o económico, el juez no puede desconocer o apartarse del precedente constitucional para construir o crear nuevas reglas; sino que ha de abordar el problema de *la concreción de norma particular* a fin de modificar por adición ese precedente constitucional incorporando en él, nuevos elementos que respondan a esa exigencia social emergente. Respetando siempre la obligatoriedad del sentido principiológico fundante.

¹²⁹ Mónica Pinto, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997.

¹³⁰ Esto teniendo a PULIDO ORTIZ. *Ibidem*. Pág. 171: “Los estudios del precedente judicial en el mundo anglosajón han concluido que los poderes normativos de los jueces no están limitados a la interpretación de normas sino que se debe sumar a facultad de determinar los hechos relevantes (materials facts), es decir aquellos hechos efectivamente seleccionados por el juez para resolver el caso.

Tercero: los rasgos tipológicos de las sentencias integradoras de la Honorable corte Constitucional Colombiana exhiben un esquema de carga argumentativa favorable para legitimizar la adición por cuanto comparten caracteres tanto de modulación del contenido por adición al contemplar un orden metódico y procedimentalmente especial para la demostración del razonamiento jurídico que infiere la inocuidad de la regla controlante en el problema jurídico en relación con los elementos relevantes de los hechos para la determinación de la modulación aditiva¹³¹ como fórmula de resolución del problema jurídico. Como de modulación de nuevo derecho por surgimiento de nueva subregla jurisprudencial cuya coercitividad se condicionaría igual a la de la doctrina probable, por tratarse de una adición ajena a la alta corporación constitucional.

Cuarto: por medio de la *concreción de norma particular* el Juez de la jurisdicción ordinaria cumpliría la carga contra-argumentativa para modificar el precedente constitucional mediante la adición en tres pasos: 1 ponderación, 2 interpretación prospectiva y 3 determinación de la modulación aditiva para el precedente constitucional objeto de estudio, demostrando nuevamente el alcance prospectivo de los elementos de: integridad b) concreción c) coherencia y d) utilidad.

Paso1: Determinar los hechos facticos con relevancia jurídica.

Paso 2: análisis del precedente constitucional y la regla controlante del caso

Paso3: Identificar exigencia social emergente de cambio social, político o económico

Paso 4: ponderación de los bienes jurídicos involucrados frente al caso particular

Paso 5: Justificación razonada de:

¹³¹ Esto observando a GUASTINI (2007), cuando concluye que; “todos los jueces en circunstancias de indeterminación del derecho crean normas jurídicas generales (3) El desacuerdo en la aplicación del concepto es indispensable para su utilidad Sobre la constitucionalización de la interpretación judicial y las características de la labor interpretativa”.

- a) integridad
- b) concreción
- c) coherencia y
- d) utilidad.

Quinto: Los falladores de la jurisdicción ordinaria han de formarse para la superación de la indeterminación de iure y la determinación de los métodos de interpretación que permitan implementar criterios hermenéuticos paradigmáticos en el perfeccionamiento de la adjudicación y la creación de subreglas que sirva de premisa mayor para resolver los problemas jurídicos que se les presentan

Referencias bibliográficas

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. España: Gedisa.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y los Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (s.f.). Constitucionalismo Social Latinoamericano. *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 3-23.
- Auto 256/09 (Corte Constitucional 4 de agosto de 2009).
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El Neoconstitucionalismo a Debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CANÇADO, A. (2005). "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium- General Course on Public International law Part. I". *Academie de Droit International de la Haye* , 336 - 346.
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid, España: Trotta - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Cueto Rúa, J. C. (1997). *"Common Law" : su estructura normativa, su enseñanza*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Domingo, R. (. (2004). *Juristas universales*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales.
- Duguit, L. (2006). *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*. Pamplona, España: Analecta.
- Duverger, M. (1970). *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris: Universidad de Francia.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación Jurídica: revisión de las teorías*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Vargas, K. K., & Pérez Fuentes, C. A. (2015). La Jurisdicción Ordinaria y la Intermediación Restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 241-272.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (M. Jiménez Redondo, Trad.) Madrid: Trotta.
- ITURRALDE SESMA, V. (1995). *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas S.A.
- Llewellyn, K. N. (1930). A Realistic Jurisprudence - The Next Step. *Columbia Law Review*, 30(4), 431-465.
- Llewellyn, K. N. (1931). Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44(8), 1222-1264.
- Lopez Daza, G. A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuestiones Constitucionales*(24), 169-193.

- Lopez Daza, G. A. (2011). *El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?. Cuestiones constitucionales*, (24), 169-193. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100005&lng=es&tlng=es.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. (U. d.-U. Colombia, Ed.) Bogotá, Colombia: Legis.
- López Medina, D. E. (2006). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. (J. Torres Nafarrete, Trad.) México: Herder - Universidad Iberoamericana.
- Martínez Caballero, A. (2000). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(1), 9-32.
- Mejia Quintana, O. (2006). Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. *Pensamiento Jurídico*(16), 171-206.
- Naranjo Meza, V. (2000). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03 : CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS, Serie A No. 18 (Corte IDH 17 de Septiembre de 2003).
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. (U. d. Derecho, Ed.) *Doxa*, 21(2), 339-353. doi:<http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.25>
- Prensa Visión. (7 de mayo de 2016). *YouTube*. Obtenido de <https://youtu.be/YE0aK45IYXY>

Pulido Ortiz, F. E. (2011). Control Constitucional Abstracto Concreto, Maximalista y Minimalista. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 14(27), 165-180.

Quinche Ramirez, M. F. (2015). *Derecho Procesal Constitucional Colombiano: Acciones y Procesos*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Radbruch, G. (2009). *Relativismo y derecho*. Bogotá: Temis.

Rawls, J. (1979). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Roach y Pinkerton contra Estado Unidos, No. 3/87 Caso 9457 (CIDH 1987).

Sanchís, L. P. (1999). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.

Sant'Ana Pedra, A. (2012). Mutación Constitucional y Concreción Normativa: Cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución. (C. d. Talca, Ed.) *Estudios Constitucionales*, 10(2), 369-390.

Sentencia C-067/03, expediente D-4111 (Corte Constitucional 4 de febrero de 2003).

Sentencia C-836-01, Referencia: expediente D-3374 (Corte Constitucional 9 de agosto de 2001).

Sentencia No. C-104/93, Proceso No. D-164 (Corte Constitucional Colombiana 11 de marzo de 1993).

Sentencia No. T-406/92, Expediente T-778 (Corte Constitucional 5 de junio de 1992).

sentencia T- 238-11 , Referencia: expediente T-2.860.298 (Corte Constitucional 1 de abril de 2011).

Sentencia T-1203-00, Referencia: expediente T-318.671 (Corte Constitucional 14 de septiembre de 2000).

Sentencia T-406- 92, Expediente T-778 (Corte Constitucional 5 de junio de 1992).

Sentencia T-292-06, expediente T-1222275 (Corte Constitucional 6 de abril de 2006).

Streck, L. (2014). *Constitución y Poder: La necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del derecho y la democracia*. Bogotá: LEGIS.

Trueba Uzeta, A. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. México.

Villegas, M. (2012). Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en America Latina. *Analisis Politico No. 75*, (págs. 89 - 110). Bogota.

Wróblewski, J. (2003). "Justificación de las decisiones jurídicas" en sentido y hecho y en el derecho. *Fontamara*, 51.